

DER EINSTWEILIGE RECHTSSCHUTZ DURCH DIE
INTERLOCUTORY INJUNCTION
IM ENGLISCHEN ZIVILPROZESS

Ein rechtsvergleichender Beitrag
zu den Problemen des einstweiligen Rechtsschutzes

D i s s e r t a t i o n
zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
des Fachbereichs Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

vorgelegt von

Hans-Joachim Kanzler

Richter am Finanzgericht in Hannover

1 9 7 9

Digitized by the Internet Archive
in 2026

DER EINSTWEILIGE RECHTSSCHUTZ DURCH DIE INTERLOCUTORY INJUNCTION IM ENGLISCHEN ZIVILPROZESS

Ein rechtsvergleichender Beitrag
zu den Problemen des einstweiligen Rechtsschutzes



D i s s e r t a t i o n
zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
des Fachbereichs Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

vorgelegt von

Hans-Joachim Kanzler

Richter am Finanzgericht in Hannover

1 9 7 9



stberichterstatter : Professor Dr. iur. Klaus Müller
eitberichterstatter : Professor Dr. iur. Johannes Bärman
g der mündlichen Prüfung : 13. Dezember 1979

INHALT

Schrifttum	5
Entscheidungsverzeichnis	17
Gesetzesverzeichnis	26
Materialien	27
Abkürzungen	28

Einführung

§ 1 Bedeutung und Formen des einstweiligen Rechts- schutzes im englischen Zivilprozeß	31
--	----

Erster Hauptteil:

DIE INTERLOCUTORY INJUNCTION	38
--	----

1. Kapitel:

Entstehung und rechtliche Grundlagen der inter- locutory injunction	38
--	----

§ 2 Die interlocutory injunction als Institut der Equity	39
---	----

§ 3 Die Entwicklung zum modernen einstweiligen Rechtsschutz	43
--	----

§ 4 Die Rechtslage nach dem Judicature Act 1873 . .	46
---	----

Zusammenfassung 1. Kapitel	50
--------------------------------------	----

2. Kapitel:

Erscheinungsformen und Anwendungsbereich der interlocutory injunction	51
--	----

§ 5 Einstweiliger Rechtsschutz durch die prohibitory injunction	53
--	----

§ 6	Einstweiliger Rechtsschutz durch die mandatory injunction	61
§ 7	Einstweiliger Rechtsschutz durch die quia timet injunction	69
	Zusammenfassung 2. Kapitel	73

3. Kapitel:

Die verfahrensrechtliche Ausgestaltung des vorläufigen Rechtsschutzes durch die interlocutory injunction		75
§ 8	Der Antrag auf Erlaß einer interlocutory injunction	75
	I. Zuständigkeitsfragen	75
	II. Ex parte injunction und interim order	77
§ 9	Die Beweisführung im vorläufigen Verfahren	83
§ 10	Rechtsbehelfe und Umfang der Prüfungskompetenz im vorläufigen Verfahren	86
§ 11	Die Sicherung der Verfahrensbeteiligten im einstweiligen Rechtsschutz	90
§ 12	Die Vollziehung der interlocutory injunction	95
	Zusammenfassung 3. Kapitel	103

4. Kapitel:

Die bei Anordnung einstweiligen Rechtsschutzes zu beachtenden allgemeinen Grundsätze		105
§ 13	Das Verhalten des Klägers - Clean Hands	105
	I. Clean Hands	107
	II. He who seeks equity must do equity	110
§ 14	Acquiescence und Delay	113
	I. Acquiescence	113
	II. Delay	116
§ 15	Die hypothetische Schadensfolge - Irreparable Damages	119
	Zusammenfassung 4. Kapitel	125

5. Kapitel:

Die materiellrechtlichen Voraussetzungen, Aufgabe und Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes durch die interlocutory injunction	126
§ 16 Die Lehre vom "prima facie case"	127
§ 17 Das Prinzip der Interessenabwägung nach der balance of convenience	132
§ 18 Der Grundsatz "status quo" und die Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes durch die interlocutory injunction	139
Zusammenfassung 5. Kapitel	145

6. Kapitel:

Die besondere Problematik einstweiligen Rechtsschutzes und die American Cyanamid-Entscheidung des House of Lords	147
§ 19 Die Vorwegnahme der Hauptsache im vorläufigen Verfahren	147
I. Die Vorwegnahme der rechtlichen und tatsächlichen Prüfung	147
II. Die inhaltliche Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung	152
§ 20 Der Funktionswandel des vorläufigen Verfahrens und die Verdrängung der Hauptsacheentscheidung	156
§ 21 Die Entscheidung des House of Lords in American Cyanamid v. Ethicon	164
Zusammenfassung 6. Kapitel	177

Zweiter Hauptteil:

RECHTSVERGLEICHENDE UNTERSUCHUNG	178
--	-----

7. Kapitel:

Die Grundlagen des summarischen Verfahrens im deutschen und englischen Zivilprozeß	178
--	-----

§ 22	Rechtsgrundlagen und Voraussetzungen einstweiliger Maßnahmen	178
I.	Rechtsgrundlagen	178
II.	Die Voraussetzungen einstweiliger Maßnahmen	181
§ 23	Das summarische Verfahren	187
I.	Grundzüge im Vergleich	187
II.	Rechtliches Gehör und mündliche Verhandlung	187
III.	Glaubhaftmachung und Sicherheitsleistung	189
IV.	Vollziehung und Schadensausgleich im einstweiligen Verfahren	196
8. Kapitel:		
	Strukturfragen und grundsätzliche Lösungsmöglichkeiten	200
§ 24	Das Vorwegnahmeproblem	200
I.	Die Leistungsverfügung	201
II.	Die Prüfungsvorwegnahme	206
§ 25	Prozeßpolitische Gedanken und Lösungsvorschläge zum Verhältnis Eilverfahren und Hauptsacheprozeß	209
§ 26	Vorwegnahmeverbot und Interessenabwägung als Lösungsalternativen	215
§ 26	Schlußbetrachtung	222
Anhang		228
A.	Gesetzliche Bestimmungen im Auszug	228
B.	Beispiel einer interlocutory prohibitory injunction	231

SCHRIFTTUM

- Anderman, S.D. / Davies, P.L.: Injunction Procedure in Labour Disputes (1973) 2 I.L.J. 213.
- Arens, Peter: Verfügungsanspruch und Interessenabwägung beim Erlaß einstweiliger Verfügungen. Festschrift für Ernst von Caemmerer, Tübingen 1978.
- Ashburner's Principles of Equity, 2. Aufl. von Denis Brown, London 1933.
- Barbour, Willard: Some Aspects of Fifteenth-Century Chancery, 31 Harvard Law Review 5. 834.
- Baumbach, Adolf / Lauterbach, Wolfgang / Albers, Jan / Hartmann, Peter: Zivilprozeßordnung, 36. Aufl. München 1978.
- Baumgärtel, Gottfried: Besprechung von: Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, AcP 168 (1968) 401.
- Baumgärtel, Gottfried / Mäs, Peter: Rechtstatsachen zur Dauer des Zivilprozesses (erste Instanz) 2. Aufl. Köln, Berlin, Bonn, München 1972.
- Baur, Fritz: Der Anspruch auf rechtliches Gehör, AcP 153 (1954) 393.
- Arrest und einstweilige Verfügung in ihrem heutigen Anwendungsbereich, BB 1964, 607.
 - Present German Practices in the Application for Temporary Relief: Attachment and Temporary Restraining Order. The American Journal of Comparative Law, Bd. 14, 247 (zit. AJCL).
 - Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, Tübingen 1967.
- Berges, August Maria: Recht und Billigkeit im Zivilprozeß, BB 1970, 1489.

- Blackstone, William: Commentaries on the Laws of England, 4. Aufl. Oxford 1770.
- Blomeyer, Arwed: Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1963.
- Blomeyer, Jürgen: Die Unterscheidung von Zulässigkeit und Begründetheit bei der Klage und beim Antrag auf Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung, ZZP 81 (1968) 20.
- Blomeyer, Karl: Arrest und einstweilige Verfügung, ZZP 65 (1952) 52.
- Blumenwitz, Dieter: Einführung in das Anglo-Amerikanische Recht, 2. Aufl. München 1976.
- Borck, Hans-Günther: Prinzipielles Befriedigungsverbot und obligatorische mündliche Verhandlung? WRP 1972, 238.
- Braasch, Dietrich: Der Anspruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung, BB 1976, 319.
- Brüggemann, Dieter: Die Ansprüche der Mutter gegen den außerehelichen Schwängerer, FamRZ 1971, 140.
- Bruns, Rudolf: Schadensersatz und Rechtskraftfragen des § 945 ZPO, ZZP 65 (1952) 67.
- Buckland, William Warwick / Mc. Nair, Arnold Duncan: Roman Law and Common Law, 2. Aufl. Cambridge 1965.
- Büdenbender, Ulrich: Der vorläufige Rechtsschutz durch einstweilige Verfügung und einstweilige Anordnung im Nichteheleichenrecht, Bielefeld 1975.
- Bunge, Jürgen: Das untere Richterpersonal und die Richtergehilfen am Englischen High Court of Justice, Berlin 1973.
- Das englische Zivilprozeßrecht, Berlin 1974.

- Casey, J.P.: The Injunction in Labour Disputes in Eire, The International and Comparative Law Quarterly, Bd. 18 (1969) 347.
- Cheshire, G.C. / Fifoot, C.H.S. / Furmston, M.P.: The Law of Contract, 9. Aufl. London 1976 (zit. Cheshire/Fifoot).
- Cohen: Jurisdiction, Practice and Procedure of the Court of Appeal, Cambridge Law Journal Bd. 9 (1951) 3.
- Cohn, Ernst J.: Der englische Gerichtstag, Köln, Opladen 1956.
- Cohn, Fritz E.: Kann der rechtskräftig abgelehnte Antrag auf Anordnung eines Arrestes oder Erlaß einer einstweiligen Verfügung aufgrund desselben Sachverhaltes unter besserer Glaubhaftmachung erneut gestellt werden? JW 1915, 1338 und 1421.
- Cross, Rupert: Evidence, 3. Aufl. London 1967.
- Curti, Artur: Englands Zivilprozeß, Berlin 1928.
- Davies, P.L.: Labour Injunctions - Interlocutory injunctions in trade disputes, (1974) 4 I.L.J. 239.
- Davies, P.L. / Anderman, S.D.: Injunction Procedure in Labour Disputes (1973) 2 I.L.J. 213. .
- Diamond, A.S.: The Queen's Bench Master, 76 L.Q.R. (1960) 504.
- Eich, Rolf-Achim: Die einstweilige Verfügung auf Lohn- und Gehaltszahlung während des Rechtsstreits über den Bestand des Arbeitsverhältnisses, DB 1976, Beilage Nr. 10.
- Eichhorn, Wilhelm: Die einstweiligen Verfügungen in ihrem Verhältnis zum Arrest, Diss. Erlangen 1909.
- Elias, Patrick: Pickets and Interlocutory Injunctions, (1975) Cambridge Law Journal 191.

- Engelschall: Änderung der Verfahrensvorschriften bei
Erwirkung einstweiliger Verfügungen?
GRUR 1972, 103.
- Esser, Josef: Grundsatz und Norm in der richterlichen
Fortbildung des Privatrechts, 3. Aufl.
Tübingen 1974.
- Faupel, Rainer: Streikverbot durch einstweilige Ver-
fügung, DB 1971, 816 und 863.
- Finken, Klaus: Die endgültige Vermögensverschiebung
aufgrund einstweiliger Verfügung, Diss.
Bochum 1970.
- Fischer, Friedrich-Wilhelm: Abnehmer-Verwarnungen
aus Patenten und Gebrauchsmustern,
DB 1976, 85 und 133.
- Fritze, Ulrich: Fehlerhafte Zustellung von Arresten
und einstweiligen Verfügungen, Festschrift
für Gerhard Schiedermaier, München 1976.
- Fürst, Angelika: Einseitige Antragsrücknahme nach
Erlaß einer einstweiligen Verfügung ohne
mündliche Verhandlung, BB 1974, 890.
- Gamm, Otto Friedrich v.: Sequestration im gewerb-
lichen Rechtsschutz und Urheberrecht,
GRUR 1958, 172.
- Gaul, Hans Friedhelm: Zur Frage nach dem Zweck des
Zivilprozesses, AcP 168 (1968) 27.
- Einstweilige Unterhaltsregelung zugunsten
des unehelichen Kindes während der Aussetz-
ung des Unterhaltsprozesses analog §§ 940
ZPO, 1716 BGB, FamRZ 1958, 157.
- Gerhardt, Walter: Vollstreckungsrecht, Berlin 1974.
- Gessner, Volkmar: Soziologische Überlegungen zu
einer Theorie der angewandten Rechtsver-
gleichung, RabelsZ 36 (1972) 229.

Gore, Andrew: Interlocutory Injunction - A Final Judgment? (1975) 38 M.L.R. 672.

Grunsky, Wolfgang: Die auf Leistungserbringung gerichtete einstweilige Verfügung, JurA 1970, 742.

- Besprechung von Leipold, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, ZP 85 (1972) 359.
- Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl. Bielefeld 1974.
- Einführung in das Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, Tübingen 1972.
- Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, JuS 1976, 277.

Hadding, Walther: Zur einstweiligen Verfügung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, ZHR 130 (1968) 1.

Halsbury: The Laws of England, 3. Aufl., herausgegeben von Lord Simonds, Bd. 1 - 39, London 1952 - 1962 Cumulative Supplement 1975.

Halsbury: The Laws of England, 4. Aufl. herausgegeben von Lord Hailsham of Marylebone, Bd. 16 "Equity" Bearb.: Spencer G. Maurice, London 1976.

Hanbury, H.G.: Modern Equity, 9. Aufl. London 1969.

Hart, H.L.A.: The Concept of Law, Oxford 1975.

Heckelmann, Dieter: Die einstweilige Verfügung im Arbeitskampf, ArbuR 1970, 166.

Heiseke, Jürgen: Zweite einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen, WRP 1968, 5.

Henckel, Wolfram: Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, AcP 174 (1974) 97.

- Besprechung von: Pastor, Der Wettbewerbsprozeß, ZP 89 (1976) 224.

- Henkel, Joachim: England - Rechtsstaat ohne gesetzlichen Richter, Frankfurt, Berlin 1971.
- Henrich, Dieter: Einführung in das englische Privatrecht, Darmstadt 1971.
- Hobbeling, Walther: Die Rechtstypen der zivilprozessualen einstweiligen Verfügung, Diss. Münster 1974.
- Höhne, Ruppert: Rechtshängigkeit und Rechtskraft bei Arrest und einstweiliger Verfügung, Diss. Freiburg 1976.
- Hoffmann, Reinhard: Einstweilige Verfügungen gegen Streiks? ArbuR 1968, 33.
- Hofstetter, Wolfgang: Der Handelsname im englischen Recht, Diss. Mainz 1972.
- Holdsworth, William: A History of English Law, Bd. 1 - 16, 4. Aufl. London 1966.
- Holtgrave, Walter: Zur Reform des Zivilprozeßrechts, ZZP 86 (1973) 1.
- Jauernig, Othmar: Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen, ZZP 79 (1966) 321.
- Kaser, Max: Römisches Privatrecht, 8. Aufl. München 1974.
- Keeton, George William: An Introduction to Equity, 6. Aufl. London 1965.
- Kerly: Law of Trade Marks and Trade Names; bearb. von Blanco White, 9. Aufl. London 1966.
- Kerr, William Williamson: A Treatise on the Law and Practice of Injunctions; bearb. von John Melvin Paterson, 6. Aufl. London 1927.

- Kiralfy, A.K.R.: The English Legal System, 5. Aufl.
London 1973.
- Kötz, Hein: Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht,
AcP 174 (1974) 145.
- Krieger, Ulrich: Zur Dringlichkeit von einstweiligen
Verfügungen im Wettbewerbsrecht, GRUR 1975,
168.
- Langan, Peter St. John Hevey: Civil Procedure and Evi-
dence, London 1970.
- Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
3. Aufl. Berlin, Göttingen, Heidelberg 1975.
- Lawson, Frederick Henry: Remedies of English Law, 1972.
- Leipold, Dieter: Grundlagen des einstweiligen Rechts-
schutzes im zivil-, verwaltungs- und ver-
fassungsgerichtlichen Verfahren, München
1971.
- Besprechung von: Minnerop, Materielles Recht
und einstweiliger Rechtsschutz, ZZP 88 (1975)
468.
 - Strukturfragen des einstweiligen Rechtsschutzes,
ZZP 90 (1977) 258.
- Löwisch, Manfred: Die Verbindung von Kündigungsschutz
und Betriebsverfassung nach dem BetrVerfG,
DB 1975, 349.
- Luhmann, Niklas: Rechtssystem und Rechtsdogmatik,
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1974.
- Maitland, Frederic William: Equity. A Course of Lec-
tures, 2. Aufl. Cambridge 1949.
- Marcus, Erwin: Die einstweilige Verfügung auf Weiter-
beschäftigung während des Kündigungs-
schutzprozesses, RdA 1975, 340.

- Markett, Theo: Einstweilige Verfügung mit Befriedigungserreichung, Diss. Erlangen 1935.
- Marsh, Norman S.: Rechtsreform in England und Rechtsvergleichung, Karlsruhe 1967.
- Martens, Joachim: Einführung in die Praxis des Verwaltungsprozesses, JuS 1974, 166.
- Maunz, Theodor / Dürig, Günter / Herzog, Roman: Grundgesetz, 4. Aufl. München 1976.
- Mezger, Manfred: Ökonomische Aspekte der Rechtsschutzversicherung, ZRP 1977, 252.
- Minnerop, Manfred: Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz, Köln, Berlin, Bonn, München 1973.
- Nakatsukasa, Toshimasa: Über den heutigen Stand der einstweiligen Verfügung in Japan, ZZP 79 (1966) 386.
- Neumann, Hans Dieter: Einstweiliger Rechtsschutz in Frankreich (Le Référé), Diss. Köln 1968.
- Otto, Hansjörg: Der vorläufige Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses, RdA 1975, 68.
- Pastor, Wilhelm L.: Der Wettbewerbsprozeß, 2. Aufl. Köln, Berlin, Bonn, München 1973.
- Pawlowski, Hans-Martin: Aufgabe des Zivilprozesses ZZP 80 (1967) 345.
- Peterson, Courtland H.: Some Observations on Provisional Relief in American Law, The American Journal of Comparative Law, Bd. 14, 266.
- Pettit, Philip H.: Equity and the Law of Trusts, 3. Aufl. London 1974.
- Pfiffner, Enzo: Schuldverhaft und Personalarrest im Vollstreckungsverfahren, Winterthur 1957.

- Plucknett, Theodore Frank Thomas: A Concise History of the Common Law, 5. Aufl. Boston 1956.
- Pollock, Frederick: Essays in the Law, London 1922.
- Potter, Harold: An Introduction to the History of Equity and its Courts, London 1931.
- Rabel, Ernst: Deutsches und amerikanisches Recht, RabelsZ 16 (1951) 340.
- Renck, Ludwig: Besprechung von: Leipold, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, NJW 1972, 1409.
- Rheinstein, Max: Einführung in die Rechtsvergleichung, München 1974.
- Rintelen, Anton: Die einstweilige Verfügung, Wien 1905.
- Ritter, Christian: Besprechung von: Leipold, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, JZ 1973, 39.
- Zum persönlichen Sicherheitsarrest nach §§ 918, 933 S. 1, 1. Alt. ZPO, ZJP 88 (1975) 126.
- Rohmeyer, Hartwig: Geschichte und Rechtsnatur der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß und ihre Konsequenzen für die einstweilige Anordnung in Ermessens- und Beurteilungsangelegenheiten, Berlin 1967.
- Rosenberg, Leo: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl. München, Berlin 1961.
- Rosenberg, Leo / Schwab, Karl-Heinz: Zivilprozeßrecht, 12. Aufl. München 1977.
- Sandrock, Otto: Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung, Frankfurt, Berlin 1966.

- Scherf, Dieter: Wettbewerbliche Unterlassungsverfügung als "Hauptsache" ? WRP 1969, 393.
- Schilken, Eberhard: Die Befriedigungsverfügung, Berlin 1976.
- Schmidt, Eike: Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie, Frankfurt 1973.
- Schmitthoff, Clive M.: Der Zivilprozeß als Schlüssel zum englischen Rechtsdenken, JZ 1972, 38.
- Schwartz, Harald: Gewährung und Gewährleistung rechtlichen Gehörs durch einzelne Vorschriften der Zivilprozeßordnung, Berlin 1977.
- Schwarz, Andreas B.: Equity in: Die Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. 2, Das Zivilrecht Englands, S. 101, Mannheim, Berlin, Leipzig 1931.
- Schweizer, Peter: Der Schutz der Rechtsverwirklichung im angelsächsischen Rechtskreis. Die Lehre vom Contempt of Court, Zürich 1974.
- Snell, E.H.T.: Principles of Equity, Bearb.: R.E. Megarry und P.V. Baker, 27. Aufl. London 1973.
- Stein, Friedrich / Jonas, Martin: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 19. Aufl. Tübingen 1975 (zit.: Stein-Jonas-Bearbeiter).
- Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. 3, 20. Aufl. Tübingen 1977 (Bearb.: Grunsky: §§ 511-591; Schlosser: §§ 592-703 d).
- Struck, Gerhard: Interessenabwägung als Methode, in: Dogmatik und Methode, Festschrift für Josef Esser, Kronberg 1975.

Sturge, Lewis F.: Basic Rules of the Supreme Court,
3. Aufl. London 1966.

Supreme Court Practice, herausgegeben von Isaac
H.Jacob, "White Book" 1973, London 1972.

Thomas, Heinz / Putzo, Hans: Zivilprozeßordnung,
9. Aufl. München 1977.

Tiley, John: A Casebook on Equity and Succession,
London 1968.

Treitel, Guenter Heinz: The Law of Contract,
3. Aufl. London 1970.

Uebe, Klaus: Die Vorwegnahme der Endentscheidung
durch einstweilige Verfügung, Diss.
Freiburg 1971.

Ullmann, Eike: Die Antragsrücknahme im Eilverfahren,
BB 1975, 236.

Vinck, Kai: Sachgerechtes Verhalten des Antragsgegners
im wettbewerbsrechtlichen Verfügungsverfahren,
WRP 1975, 80.

Vollkommer, Max: Richter und Gerichte in England,
ZZP 73 (1960) 145.

Walker, David Maxwell: Principles of Scottish Private
Law, Oxford 1970 (zit.: Walker, Principles).

Walker, R.J. / Walker, M.G.: The English Legal System,
3. Aufl. London 1972 (zit.: Walker).

Wedderburn, K.W.: The Employment Protection Act 1975
Collective Aspects, (1976) 39 M.L.R. 169.

Wenzel, Leonhard: Grundlinien des Arrestprozesses.
Zu Fritz Baur's Studien zum einstweiligen
Rechtsschutz, MDR 1967, 889.

White, Blanco / Jacob, Robin: Patents, Trade Marks,
Copyright and Industrial Design, London
1970.

- Wieczorek, Bernhard: Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Berlin 1957.
- Wilson, Alastair: Granting an Interlocutory Injunction, New Law Journal 1975, 302.
- Wilson, Geoffrey: Cases and Materials on the English Legal System, London 1973.
- Zeuner, Albrecht: Arbeitskampf und einstweilige Verfügung, RdA 1971, 1.
- Zonderland, Pieter: Einstweilige Verfügungen in den Niederlanden, ZZP 90 (1977) 225.
- Zweigert, Konrad: Zur Methode der Rechtsvergleichung, in: Studium Generale, 1960, S. 193.

ENTSCHEIDUNGSVERZEICHNIS

- Acrow (Automation) Ltd. v. Rex Chainbelt Inc. (1971)
3 All ER 1175 CA.
- Alfonal Ltd. v. Stratenport Ltd. nicht veröffentlicht; zitiert in Evans Marshall v. Bertola.
- American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd. (1975)
1 All ER 504 HL.
- Ansah v. Ansah (1977) 2 All ER 638 CA.
- Anton Piller K.G. v. Manufacturing Processes Ltd.
(1976) 1 All ER 779 CA.
- Armstrong v. Sheppard and Short Ltd. (1959) 2 All ER
651 CA.
- Aslatt v. Corporation of Southampton (1880) 16 Ch.D.143.
- A.-G. v. Albany Hotel Co (1896) 2 Ch. 696 CA.
- A.-G. v. Birmingham Borough Council (1858) 4 K & J 528.
- A.-G. v. Corporation of Manchester (1893) 2 Ch. 87.
- A.-G. v. Nichol (1809) 3 Mer. 687.
- Australian Hardwoods Pty. Ltd. v. Commissioner for
Railways (1961) 1 All ER 737 P.C.
- Aynsley v. Glover (1874) L.R. 18 Eq. 544.
- Bailey (Malta) v. Bailey (1963) 1 Lloyd's Rep. 595 CA.
- Bailey v. Ford (1843) 13 Sim. 495.
- Baschett v. London Illustrated Standard Co. (1900)
1 Ch. 73 ChD.
- Beddow v. Beddow (1878) 9 Ch.D. 89.
- Beese v. Woodhouse (1970) 1 All ER 769 CA.
- Besant v. Wood (1879) 12 Ch.D. 605.
- Biba Ltd. v. Stratford Investments Ltd. (1972)
3 All ER 1041 ChD.
- Birmingham Corporation v. Perry Barr Stadium Ltd.
(1972) 1 All ER 725 ChD.
- Blakemore v. Glamorganshire Canal Navigation (1832)
1 My. & K. 154.
- Bloxam v. Metropolitan Railway Co. (1868) 3 Ch.App.337.
- Bolton v. London School Board (1878) 7 Ch.D. 766.
- Bonnard v. Perryman (1891) 2 Ch. 269 CA.
- Bonnella v. Espir (1926) 43 R.P.C. 159.

- Bonner v. Great Western Railway (1883) 24 Ch.D.1 CA
Boston Deep Sea Fisheries Ltd. v. T.G.W.U. The
Times 12.3.1970.
Bovill v. Crate (1865) L.R. 1 Eq. 388.
Bower v. Bantam Investments Ltd. (1972) 3 All ER
349 ChD.
Boyce v. Gill (1891) 64 L.T. 824.
Bridlington Relay Ltd. v. Yorkshire Electricity
Board (1965) 1 All ER 264 ChD.
Bridson v. Mc.Alpine 8 Beav. 229.
British Oxygen Co. Ltd. v. Liquid Air Ltd. (1925)
1 Ch. 383.
Broome v. Cassel (1971) 2 W.L.R. 8353 CA.
Bryanston Finance Ltd. v. de Vries (No. 2) (1976)
1 All ER 25 CA.
Bullock v. Bullock (1942) 2 All ER 259.
Camden Exhibition and Display v. Lynott and another
(1965) 3 All ER 28 CA.
Canadian Pacific Railway v. Gaud (1949) 2 K.B. 239 CA.
Carron Iron v. MacLaren (1855) 5 H.L.Cas. 416.
Carter v. Fay (1894) 2 Ch. 541 CA.
Carter v. Roberts (1903) 2 Ch. 312.
Cassel v. Broome (1972) 1 All ER 801 HL.
Catnic Components Ltd. v. Stressline Ltd. (1976)
FSR 157 CA.
Cavendish House (Cheltenham) Ltd. v. Cavendish Wood-
house Ltd. (1970) R.P.C. 234 CA.
Challender v. Royle (1887) 36 Ch.D. 425 CA.
Chaplin v. Leslie Frewin (Publishers) Ltd. (1965)
3 All ER 764 CA.
Chappell and others v. The Times Newspapers Ltd.
(1975) 2 All ER 233 CA.
Charles Osenton & Co. v. Johnston (1942) A.C. 130 HL.
Child v. Douglas (1854) 5 De G.M. & G. 739.
Clifford Davis Management Ltd. v. WEA Records Ltd.
and another (1975) 1 All ER 237 CA.
Collison v. Warren (1901) 1 Ch. 812 CA.
Comet Radiovision Services v. Farnell-Tandberg Ltd.
(1971) 3 All ER 230 ChD.

Cooper v. Whittingham (1880) 15 Ch.D. 501.
Cory Lighterage Ltd. v. T.G.W.U. (1973) 2 All ER 558 CA.
Cullen v. Stanley (1926) Ir.R. 73.
Cummins v. Perkins (1899) 1 Ch. 16 CA.
D. v. A. & Co. (1900) 1 Ch. 484 ChD.
Daily Mirror Newspapers Ltd. v. Gardner and others
(1968) 2 All ER 163 CA.
Dalglish v. Jarvie (1850) 2 Mac. & G. 231.
Daniel v. Ferguson (1891) 2 Ch. 27 CA.
Davies v. Gas Light and Coke Co. (1909) 1 Ch. 708 CA.
Davis v. Duke of Marlborough (1819) 2 Swan. 108.
Daw v. Herring (1891) 35 S.J. 752.
Dering v. Earl of Winchilsea (1787) 1 Cox.Eq.Cas.318.
Dicks v. Brooks (1880) 15 Ch.D. 22.
Distillers Co. v. The Times Newspapers Ltd (1975)
1 All ER 41 QBD.
Dodd v. Amalgamated Marine Worker's Union (1923)
93 L.J.Ch. 65 CA.
Doherty v. Allman (1878) 3 App.Cas. 709 HL.
Donmar Productions Ltd. v. Bart (1967) 2 All ER 338 ChD.
Drew v. Harman (1818) 5 Price 319.
Duchess of Argyll v. Duke of Argyll (1965) 1 All ER
611 ChD.
Dudley v. Dudley (1705) Prec.Ch. 241.
Duke of Leeds v. Earl of Amherst (1846) 2 Ph. 117.
Earl of Oxford's Case (1615) 1 Rep.Ch. 1.
Eastern Trust Co. v. Mac Kenzie, Mann & Co. (1915)
A.C. 750 JC.
Edge & Sons Ltd. v. Nicholls & Sons Ltd. (1911) 1 Ch.5 CA.
Edison Bell v. Hough (1894) 11 R.P.C. 594
Ehrman v. Bartholomew (1898) 1 Ch. 671
Elwes v. Payne (1879) 12 Ch.D. 468 CA.
Emerald Construction Co. Ltd. v. Lowthian (1966)
1 All ER 1013 CA.
Emperor of Austria v. Day (1861) 3 D.F. & J. 217.
Esso Petroleum Co. Ltd. v. Kingswood Motors Ltd.
(1973) 3 All ER 1057 QBD.
Evans v. Bartlam (1937) A.C. 473 HL.

- Evans Marshall & Co. Ltd. v. Bertola SA and
another (1973) 1 All ER 992 CA.
- Fairclough & Sons v. Manchester Ship Canal Co.
(No.2) (1897) 41 Sol.Jo. 225 CA.
- Fellowes v. Fisher (1975) 2 All ER 829 CA.
- Fenner v. Wilson (1893) 2 Ch. 656 ChD.
- Fenwick v. East London Railway (1875) L.R. 20 Eq.
544 CA.
- Ford v. Gye (1858) 6 W.R. 235.
- Foseco International Ltd. v. Fordath Ltd. (1975)
FSR 507 ChD.
- Fothergill v. Rowland (1873) L.R. 17 Eq. 132.
- Fraser v. Evans (1969) 1 Q.B. 349 CA.
- Fullwood v. Fullwood (1878) 9 Ch.D. 176.
- Gale v. Abbot (1862) 10 W.R. 748.
- Gardner v. Jay (1885) 29 Ch.D. 50 CA.
- Glyn v. Weston Feature Film Co. (1916) 1 Ch. 261 ChD.
- Gordon v. Cheltenham and Great Western Union Rail-
way Company (1842) 5 Beav. 229.
- Graham v. Campbell (1878) 7 Ch.D. 490 CA.
- Grand Junction Canal v. Dimes (1849) 18 L.J.Ch. 419.
- Great North of England, Clarence and Hartlepool
Junction Railway Company v. Clarence Rail-
way Company (1845) 1 Coll. 507.
- Great Western Railway Company v. Birmingham and Oxford
Worcester and Wolverhampton Railway
(1848) 2 Ph. 297.
- Great Western Railway Company v. Oxford, Worcester
and Wolverhampton Railway Company (1853)
3 De G.M. & G. 341.
- Greenslade v. Dare (1853) 17 Beav. 502.
- Griffith v. Blake (1884) 27 Ch.D. 474 CA.
- Grimston v. Cuninghame (1894) 1 Q.B. 125.
- Hall v. Hall (1971) 1 All ER 762 CA.
- Hampstead and Suburban Properties Ltd. v. Diomedous
(1968) 3 All ER 545 ChD.
- Hanning v. Gable-Jeffreys Properties Ltd. (1965)
1 All ER 924 ChD.
- Harman Pictures N.V. v. Osborne (1967) 2 All ER 324 ChD.
- Harper v. Home Secretary (1955) 1 All ER 331 CA.

- Hermann Loog v. Bean (1884) 26 Ch.D. 306.
- Heywood v. B.D.C. Properties Ltd. (No.1) (1963)
2 All ER 1063 CA.
- Hill v. C.A. Parsons & Co. Ltd. (1971) 3 All ER
1345 CA.
- Hilton v. Lord Granville (1841) Cr. & Ph. 283.
- Hivac Ltd. v. Park Royal Scientific Instruments Ltd.
and others (1946) 1 Ch. 169 CA.
- Hobart Manufacturing Co. v. Cannon Industries Ltd.
(1959) R.P.C. 269.
- Hoffmann-LaRoche & Co. v. Inter-Continental Pharma-
ceuticals Ltd. (1965) 2 All ER 15 CA.
- Hogg v. Scott (1874) L.R. 18 Eq. 444.
- Holophone Ltd. v. Berend & Co. Ltd. (1897) 15 R.P.C. 18.
- Home Counties Dairies Ltd. v. Skilton (1970)
1 All ER 1227 CA.
- Hounslow L.B.C. v. Twickenham Garden Developments Ltd.
(1970) 3 All ER 326 ChD.
- Hubbard v. Pitt (1975) 3 All ER 1 CA.
- Hubbard v. Vosper (1972) 1 All ER 1023 CA.
- Hunt v. Hunt (1884) 54 L.J.Ch. 289.
- Iden v. Denys E.C.P. CCCXXVI, 49; abgedruckt bei
Barbour S. 844ff.
- International General Electric Co. of New York Ltd.
v. Customs and Excise Comrs. (1962) 2 All ER
398.
- Isaacson v. Thompson (1871) 41 L.J.Ch. 101.
- Isenberg v. East India House Estate Co. Ltd. (1863)
3 De G.J. & Sm. 263.
- J. v. J. (1955) 2 All ER 85.
- J. v. J. (1955) 2 All ER 617 CA.
- Jackson v. Normanby Brick Co. (1899) 1 Ch. 438 CA.
- Johnson v. Wyatt 2 D.J. & S. 18.
- Jones v. Pacaya Rubber and Produce Co. Ltd.
(1911) 1 K.B. 455 CA.
- Kitts v. Moore (1895) 1 Q.B. 253.
- L. v. L. (1969) 1 All ER 852 PDA.
- Lane v. Newdigate (1804) 10 Ves. 192.
- Lawrence v. Horton (1890) 59 L.J.Ch. 440.
- Lazenby v. White (1870) L.R. 6 Ch. 89.

- Leary v. National Union of Vehicle Builders (1970)
2 All ER 713 ChD.
- Leeds Industrial Co-operative Society Ltd. v. Slack
(1924) A.C. 851 HL.
- Leigh v. National Union of Railwaymen (1969) 3 All ER
1249 ChD.
- Leney & Son Ltd. v. Callingham and Thompson (1908)
1 K.B. 79 CA.
- Lister & Co v. Stubbs (1890) 45 ChD 1 CA.
- Litchfield-Speer v. Queen Anne's Gate Syndicate (No.2)
Ltd. (1919) 1 Ch. 407.
- Lloyds Bank Ltd. v. Medway Upper Navigation Co. (1905)
2 K.B. 359 CA.
- London and Blackwall Railway v. Cross (1886) 31 Ch.
354 CA.
- London and County Banking Co v. Lewis (1882) 21 Ch.D.
480 CA.
- London and Northwestern Railway Co v. Lancashire and
Yorkshire Railway Co. (1867) L.R. 4 Eq. 174.
- London City Agency (JCD) Ltd. v. Lee (1969) 3 All ER
1376 ChD.
- London Welsh Estates v. Phillip (1931) 100 L.J. 449 KB.
- Lord Cowley v. Byas (1877) 5 Ch.D. 944 CA.
- Luganda v. Service Hotels Ltd. (1969) 2 All ER 692 CA.
- Lumley v. Gye (1853) 22 L.J.Q.B. 463.
- Lumley v. Wagner (1852) 1 De G.M. & G. 604.
- Maclaren v. Stainton (1852) 16 Beav. 279.
- Manchester Corporation v. Conolly (1970) 1 All ER
961 CA.
- Mander v. Falcke (1891) 3 Ch. 488 ChD.
- Marco Productions Ltd. v. Pagola (1945) K.B. 111.
- Mareva Compania Naviera SA v. International Bulk
Carriers Ltd. (1975) 2 Lloyd's Rep. 509 CA.
- Measures Brothers Ltd. v. Measures (1910) 2 Ch. 248 CA.
- Merchant Adventurers Ltd. v. M Grew & Co., Ltd.
(1971) 2 All ER 657 ChD.
- Mitchell v. Henry (1880) 15 ChD 181 CA.
- Modern Transport Company Ltd. v. Duneric Steamship
Company (1917) 1 K.B. 370 CA.
- Mogul Steamship Company v. M'Gregor, Gow & Co.
(1885) 15 Q.B.D. 476 CA.

Monson v. Tussauds Ltd. (1884) 1 Q.B.D. 671 CA.
Morris v. Grant (1875) 24 W.R. 55.
Mortimer v. Becket (1920) 1 Ch. 571.
National Provincial Bank Ltd. v. Ainsworth (1965)
A.C. 1175; (1965) 2 All ER 472 HL.
Neath Canal Co v. Ynisarwed Resolven Colliery Co.
(1875) 10 Ch.App. 450 CA.
Nelson v. Stocker (1859) 4 De G.F. & J. 458.
Newby v. Harrison (1861) 3 De G.F. & J. 287.
Newcomen v. Coulson (1878) 7 Ch.D. 764.
Newson v. Pender (1884) 27 Ch.D. 43 CA.
Nippon Yusen Kaisha v. Karageorgis and another
(1975) 3 All ER 282 CA.
North London Railway Co v. Great Northern Railway
Company 11 Q.B.D. 30 CA.
Novello v. James (1854) 5 De G.M. & G. 876.
O'Callaghan v. Barnard (1875) W.N. 37.
Office Overload Ltd. v. Gunn (1976) 120 Sol.Jo.147 CA.
Orion Property Trust Ltd. v. Du Cane Court Ltd.
(1962) 3 All ER 466 ChD.
Page One Records Ltd. v. Britton (1968) 1 W.L.R. 157;
Pattison v. Gilford (1874) L.R. 18 Eq. 259.
Phillips v. Thomas (1890) 62 L.T. 793.
Phonographic Performance Ltd. v. Amusement Caterers
(1963) 3 All ER 493 ChD.
Pickwick Ltd. v. Multiple Sound Distributors Ltd.
(1972) 3 All ER 384 ChD.
Plimpton v. Spiller (1876) 4 ChD 286 CA.
Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. Goodman & Son (1896)
13 R.P.C. 723.
Potters-Ballotini Ltd. v. Weston Baker (1976) Times
28.2. CA.
Pratt v. Inman (1889) 43 Ch.D. 175.
Preston v. Luck (1884) 27 Ch.D. 497 CA.
Price v. Hutchison (1870) L.R. 9 Eq. 534 CA.
Proctor v. Bennis (1887) 36 Ch.D. 740 CA.
Puddephat v. Leith (1916) 1 Ch. 200.
Quartz Hill Consolidated Gold Mining Co. v. Beall
(1882) 20 Ch.D. 501 CA.

- R. v. Kensington Income Tax Commissioners, ex parte
Princess de Polignac (1917) 1 K.B. 486 CA.
- Ramsden v. Dyson (1866) L.R. 1 H.L. 129.
- Rasu Maritima v. Pertamina (1977) 3 All ER 324 CA.
- R.D. Harbottle v. National Westminster Bank (1977)
2 All ER 862 Q.B.D.
- Read v. Wotton (1893) 2 Ch. 171.
- Re Bishop, Ex parte Langley, ex parte Smith (1879)
13 Ch.D. 110 CA.
- Re Bryant (1876) 4 Ch.D. 98.
- Redland Bricks Ltd. v. Morris and another (1969)
2 All ER 576 HL.
- Re Edwards, Brooke v. Edwards (1882) 21 Ch.D. 230.
- Rely-a-Bell Burglar and Fire Alarm Co. v. Eisler
(1926) Ch. 609.
- Re N (infants) (1967) 1 All ER 161 ChD.
- Re W (B) (an infant) (1969) 1 All ER 594 CA.
- Richards v. Revitt (1877) 7 Ch.D. 224.
- Richardson v. Methley School Board (1893) 3 Ch. 510.
- Rivlin v. Bilainkin (1953) 1 Q.B. 485.
- Roberts v. Albert Bridge Co. (1873) 8 Ch.App. 753.
- Robinson v. Pickering (1881) 16 Ch.D. 660 CA.
- Ronson Products Ltd. v. Ronson Furniture Ltd. (1966)
2 All ER 381 ChD.
- Ross v. Buxton (1888) W.N. 55.
- Sayers v. Collyer (1884) 28 Ch.D. 103 CA.
- Seaward v. Paterson (1897) 1 Ch. 545 CA.
- Shelfer v. City of London Electric Lighting Co. -
Meux's Brewery Co. v. City of London Elec-
tric Lighting Co. (1895) 1 Ch. 287 CA.
- Shepherd Homes Ltd. v. Sandham (No. 1) (1970)
3 All ER 402 ChD.
- Singer v. Audsley (1872) L.R. 13 Eq. 401 ChD.
- Slick Brands (Clothing) Ltd. v. Jollybird Ltd.
(1975) FSR 470 ChD.
- Smith v. Day (1882) 21 Ch.D. 421 CA.
- Smith v. Peters (1875) L.R. 20 Eq. 511.
- Smith v. Smith (1875) L.R. 20 Eq. 500.
- Spencer v. Holt (1903) 20 R.P.C. 142.

- Stafford Borough Council v. Elkenford Ltd. (1977)
2 All ER 519 ChD.
- Steiner Products Ltd. v. Willy Steiner Ltd. (1966)
2 All ER 387 ChD.
- Stocker v. Planet Building Society (1879) 27 W.R. 877 CA.
- Stratford v. Lindley (1964) 3 All ER 102 HL.
- Telegraph Despatch and Intelligence Co. v. Mac Lean
(1873) 8 Ch.App. 658.
- Texaco Ltd. v. Mulberry Filling Station (1972) 1 All ER
513 ChD.
- Thomas v. Williams (1880) 14 Ch.D. 864.
- Thompson v. Park (1944) 1 K.B. 408 CA.
- T. Lucas & Co. Ltd. v. Mitchell (1972) 3 All ER 689CA
- Torquay Hotel Co. Ltd. v. Cousin (1969) 1 All ER 522 CA.
- Total Oil Great Britain Ltd. v. Thompson Garages
(Biggin Hill) Ltd. (1971) 3 All ER 1226 CA.
- Trucks & Spares Ltd. v. Maritime Agencies (Southampton)
Ltd. (1961) 2 All ER 982 CA.
- Tucker v. New Brunswick Trading Company of London
(1890) 44 Ch.D. 249.
- United Telephone Co. v. Dale (1884) 25 Ch.D. 778.
- Universal City v. Mukhtar (1976) 2 All ER 330 ChD.
- Ushers Brewery Ltd. v. PS King & Co. (Finance) Ltd.
(1971) 2 All ER 468 ChD.
- Von Joel v. Hornsey (1895) 2 Ch. 774 CA.
- Ward v. James (1965) 1 All ER 563 CA.
- Ward v. Kirkland (1966) 1 All ER 609 ChD.
- Warder v. Cooper (1970) 1 All ER 1112 ChD.
- Warner Brothers Pictures Inc. v. Nelson (1937)
1 K.B. 209.
- Weldon v. Dicks (1878) 10 Ch.D. 247.
- Weston v. Mac Dermott (1866) 2 Ch.App. 72.
- Whitwood Chemical Co. v. Hardman (1891) 2 Ch. 416 CA.
- Willmot v. Barber (1880) 15 Ch.D. 96.
- Wilson v. Northampton & Banbury Junction Railway Co.
(1874) 9 Ch. App. 279.
- Wilson v. Townend (1860) 1 Dr. & Sm. 324.
- Winter Garden Theatre (London) Ltd. v. Millenium
Productions Ltd. (1947) 2 All ER 331.

Woodbridge & Sons v. Bellamy (1911) 326 CA.
Woodford v. Smith (1970) 1 All ER 1091 ChD.
Woolerton & Wilson Ltd. v. Richard Costain Ltd.
(1970) 1 All ER 483.
Yager v. Musa (1961) 2 Q.B. 214 CA.

GESETZESVERZEICHNIS¹⁾

Administration of Justice (Appeals) Act, 1934
(24 & 25 Geo. 5, c. 40) (25 Statutes 750).
Administration of Justice Act, 1969 (40 Statutes 345).
Administration of Justice Act, 1972.
Chancery Amendment Act, 1858 (Lord Cairn's Act)
(21 & 22 Vict. c. 27) 25 Statutes 703).
Common Law Procedure Act, 1854 (17 & 18 Vict. c. 125).
Companies Act, 1948 (11 & 12 Geo. 6, c. 38)
(5 Statutes 110).
Copyright Act, 1956 (4 & 5 Eliz. 2, c. 74)
(7 Statutes 128).
County Courts Act, 1959 (7 & 8 Eliz. 2, c. 22)
(7 Statutes 302).
Court of Chancery Act, 1841 (5 Vict. c. 5).
Debtors Act, 1869 (32 & 33 Vict. c. 62).
Employment Protection Act, 1975 (E.P.A.).
Industrial Relations Act, 1971.
Law Commissions Act, 1965 (32 Statutes 803)
Legal Aid and Advice Act, 1949 (12, 13 & 14 Geo. 6,
c. 51) (25 Statutes 756).
Matrimonial Causes Act, 1857 (20 & 21 Vict. c. 85).
Matrimonial Causes Act, 1973 (43 Statutes 539).
Norris-La Guardia Anti-Injunction Act, 1932, 29 U.S.C.
s. 101 (1967).
Resale Price Act, 1964, c. 58 (37 Statutes 158).

¹⁾ Soweit möglich sind Verweise auf Halsbury's
Statutes of England (3. Aufl.) wiedergegeben.

Rights of Light Act, 1959 (7 & 8 Eliz. 2, c. 56).
(39 Statutes 285).

Patent Law Amendment Act, 1852 (15 & 16 Vict. c. 83).

Representation of the People Act, 1949 (12, 13 & 14
Geo. 6, c. 68) (11 Statutes 543).

Statute Law Revision and Civil Procedure Act, 1883
(46 & 47 Vict. c. 49).

Supreme Court of Judicature Act, 1873 (36 & 37 Vict.
c. 66).

Supreme Court of Judicature Act, 1875 (38 & 39 Vict.
c. 77).

Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act, 1925
(15 & 16 Geo. 5, c. 49) (7 Statutes 573).

Trade Disputes Act, 1906 (6 Edw. 7, c. 47).

Trade Union and Labour Relations Act, 1974.

MATERIALIEN

Hahn, W.: Die gesammelten Materialien zur Civilpro-
zeßordnung, herausgegeben auf Veranlassung
des Kaiserlichen Reichsjustizamtes, 1. Abt.
Berlin 1880 (zit. Hahn).

Report of the Committee on Supreme Court Practice
and Procedure, Cmd. 8878, 1953.

Report of the Committee on Personal Injuries Liti-
gation, Cmd. 3691, 1968.

Third Report of the Law Commission, Cmd. 4637, 1934.

ABKÜRZUNGEN¹⁾

A.C.; App.Cas.	Appeal Cases
All ER	All England Law Reports
All ER Rep.	All England Law Reports Reprint
Beav.	Beavan (Rolls Court 1838-1866)
Ch.	Chancery
Ch.; C.A.	Court of Appeal
Ch.App.	Chancery Appeals
Ch.D.; Ch.D.	Chancery Division (High Court)
C.C.	Code de Procédure Civile
cit.	cited
Cmd.; Cmd.	Command Paper
Comm.	Commissioners
Corpor.	Corporation
Cox Eq.Cas.	Cox' Equity Cases (1793-1797)
Craig & Ph.	Craig & Phillips (Chancery 1840-1841)
De G.F. & J.	De Gex, Fisher & Jones (Chancery Appeals 1859-1862)
De G.F. & S. 1862	De Gex, Jones & Smith (Chancery Appeals 1862-1865)
De G.F. & S.	De Gex, Macnaghten & Gordon (Chancery Appeals 1851-1857)
Dewry & Smale	Dewry & Smale
dissent.	dissenting
E.P.A.	Employment Protection Act, 1975
E.G.R.	Europäische Grundrechte Zeitschrift
Fed.R.Civ.P.	Federal Rules of Civil Procedure
F.S.R.; F.S.R.	Fleet Street Reports
H.L.; H.L.	House of Lords
I.L.J.	Industrial Law Journal
J.	Judge
L.J.; L.J.	Lord Justice of Appeal (L.J.)

¹⁾ Die Abkürzungen sind den in der ersten Ausgabe des "European Guide to the Law of the European Community" (1975) enthaltene Abkürzungen entnommen. Die Abkürzungen sind in der ersten Ausgabe des "European Guide to the Law of the European Community" (1975) entnommen.

JC; J.C.	Judicial Committee of the Privy Council
J.P.	Justice of the Peace (Report)
JurA	Juristische Analysen
KB; K.B.	King's Bench Division (High Court)
K. & J.	Kay & Johnson (Chancery 1854-1858)
L.C.	Lord Chancellor
LJ; L.J.	Lord Justice of Appeal
L.J.Ch./Q.B.	Law Journal Chancery/Queens Bench
Lloyd's Rep.	Lloyd's Reports (Admiralty, ab 1951)
L.Q.R.	The Law Quarterly Review
L.R.	Law Reports
L.R.Eq.	Law Reports Equity Cases
Ltd.	Limited
L.T.R.	Law Times Reports (auch T.L.R.)
Mac. & G.	Macnaghten & Gordon (Chancery Appeals 1849-1852)
M.L.R.	Modern Law Review
MR; M.R.	Master of the Rolls
My. & K.	Mylne & Keen (Chancery Appeals 1832-1835)
N.U.	National Union
O.	Order
P.C.	Privy Council Appeals
P.D.A.	Probate, Divorce and Admiralty Division (jetzt Family Division)
Ph.	Phillips (Chancery Appeals 1841-1849)
Prec.Ch.	Precedents in Chancery (Report 1689-1722)
Price	Price (Exchequer 1814-1824)
Pty.	Property
QB; Q.B.	Queen's Bench
QBD; Q.B.D.	Queen's Bench Division (High Court)
Q.C.	Queen's Counsel
Re	In Sachen
RPC; R.P.C.	Reports of Patent Cases
r.; rr.	Rule; rules
R.S.C.	Rules of the Supreme Court
s.; ss.	Section; sections

Sim.	Simons (Chancery 1826-1852)
S.J.; Sol.Jo.	The Solicitor's Journal
subs.	subsection
Swan.	Swanston (Chancery 1818-1821)
T.L.R.	The Times Law Reports
T.U.C.	Trades Union Congress
T.U.L.R.A.	Trade Union and Labour Re- lations Act, 1974
U.S.C.	United States Code (Sammlung der Bundesgesetze)
v.	versus
V.C.	Vice Chancellor
Ves.	Vesey junior (Chancery 1789- 1817)
W.L.R.	The Weekly Law Reports
W.N.	The Weekly Notes
W.R.	The Weekly Reporter

EINFÜHRUNG

§ 1 Bedeutung und Formen des einstweiligen Rechtsschutzes im englischen Zivilprozeß

Die in der Bundesrepublik heute übliche lange Verfahrensdauer in Zivilprozessen¹⁾ hat das schnelle und unkomplizierte Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zu einem unentbehrlichen prozessualen Institut werden lassen, dessen Eigenständigkeit das nachfolgende Hauptsacheverfahren vielfach verdrängt hat.²⁾

Wenn auch in England eine ähnliche Entwicklung festzustellen ist,³⁾ so hat dies nicht unbedingt die gleichen Ursachen. Anders als in den kontinental-europäischen Rechtsordnungen garantiert vor allem der Grundsatz der absoluten Mündlichkeit im englischen Verfahrensrecht einen vergleichsweise zügigen Ablauf der Zivilprozesse.⁴⁾ Von entscheidendem Einfluß dürften vielmehr die Kosten des ordentlichen Zivilprozesses sein.⁵⁾ Die Verfahrensbeteiligten begnügen sich mit dem weniger kostspieligen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes und erklären häufig die in diesem Verfahren ergangene richterliche Entscheidung zur Grund-

¹⁾ Baumgärtel-Mes, S. 125 ff; Grunsky, Grundlagen, S. 219 f.

²⁾ Leipold, Grundlagen, S. 12 f; nach Baur, 88 64, 607 empfinden die Parteien den nachfolgenden Hauptprozeß als "Schuß übers Grab".

³⁾ *Fellowes v. Fisher* (1975) 2 All ER 829 CA 836; Prescott, S. 169.

⁴⁾ Cohn, S. 57 f, 76.

⁵⁾ Vgl. den Report of the Committee on Supreme Court Practice and Procedure, Cmd. 8878, 1953: "There is....no doubt....that the litigant who loses may be ruined by the costs of the case, and even the winner, if he is left with a large bill to pay, may think that his victory was too dearly bought..."

lage eines außergerichtlichen Vergleichs.¹⁾

Im englischen Zivilprozeß wird der einstweilige Rechtsschutz durch "interlocutory orders" gewährleistet. Durch derartige Zwischenverfügungen kann die Streitsache in Verwahrung genommen,²⁾ der Verkauf verderblicher Ware angeordnet,³⁾ eine injunction erlassen⁴⁾ oder zur Wahrnehmung von Vermögensinteressen, für die Dauer eines Rechtsstreits, ein "receiver" bestellt werden.⁵⁾ Dabei kommt der interlocutory oder interim injunction,⁶⁾ mit einem der einstweiligen Verfügung vergleichbaren Anwendungsbereich, eine grundlegende Bedeutung zu. Auch soweit die interlocutory injunction gegen Maßnahmen der öffentlichen Gewalt zulässig ist, gelten mit einer Ausnahme,⁷⁾ die gleichen Grundsätze wie im Verhältnis privater Verfahrensbeteiligter.

Die Übrigen, in ihrer Wirkung weniger einschneidenden Interimsanordnungen sind entweder vergleichsweise unproblematisch oder orientieren sich an dem Vorbild der interlocutory injunction.

1) S.o. S. 1 Fn. 3.

2) R.S.C. O. 29 r. 2.

3) R.S.C. O. 29 r. 4.

4) R.S.C. O. 29 r. 1.

5) Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act, 1952 s. 45 (1).

6) Im Zivilprozeßrecht der USA, auch in den Staaten, die nicht die Federal Rules of Civil Procedure übernommen haben, wird die einstweilige Verfügung als "preliminary injunction" und die einseitige, ohne mündliche Verhandlung ergangene Verfügung als "temporary restraining order" bezeichnet; vgl. Fed. R.Civ.P. 65.

7) Hinsichtlich der Sicherung des Beklagten (vgl. § 11); im Übrigen sind die gleichen Gerichte zuständig.

Der einstweilige Rechtsschutz in Familiensachen ist ebenso wie in Deutschland¹⁾ spezialgesetzlich geregelt. Nach s. 22 des Matrimonial Causes Act, 1973 kann durch Zwischenverfügung die Zahlung von Unterhalt und die Personensorge für die gemeinschaftlichen minderjährigen Kinder "pendente lite" geregelt werden.²⁾ Sachlich zuständig ist sowohl der High Court - Family Division -, als auch der Divorce County Court;³⁾ die funktionelle Zuständigkeit ist dem registrar, einem reichlichen Hilfsbeamten, und nicht dem Richter selbst, übertragen.⁴⁾

Aber auch der einstweilige Rechtsschutz nach den Matrimonial Causes Acts⁵⁾ unterliegt in gewissem Maße, obwohl spezialgesetzlich geregelt, den allgemeinen Grundsätzen, die bei Anordnung einer interlocutory injunction zu beachten sind. So wird etwa das Verhalten der Parteien berücksichtigt⁶⁾ und die Einhaltung der Offenbarungspflicht (duty of disclosure) streng überwacht.⁷⁾

Soweit jedoch die Matrimonial Causes Acts keine abschließende Regelung enthalten, kann auch die

1) §§ 620-620 g ZPO; dazu Stein-Jonas-Schlösser, § 620 a III.

2) Der Matrimonial Causes Act, 1973, s. 33 bestimmt ferner, daß in bestimmten Fällen die Rückzahlung des Unterhalts angeordnet werden kann. Eine entsprechende Regelung fehlt in der ZPO; auch eine analoge Anwendung des § 945 ZPO wird abgelehnt. Vgl. Stein-Jonas-Grunsky, § 945 I 5.

3) Matrimonial Causes Act, 1973, s. 52 (1).

4) Es scheint, daß diese Regelungen nach angloamerikanischem Verständnis nicht zur Rechtsprechung gezählt werden, sondern eher als Verwaltungsanordnungen gelten; vgl. Peterson, S. 269 für die temporary support orders in den USA.

5) Angefangen mit dem Matrimonial Causes Act, 1857, der die Ehesachen der kirchlichen Gerichtsbarkeit entzog.

6) Bullock v. Bullock (1942) 2 All ER 259.

7) J. v. J. (1955) 2 All ER 85, 93; insoweit durch den C.A. bestätigt: (1955) 2 All ER 617, 620, 624.

interlocutory injunction zur einstweiligen Regelung von Ehe- und Kindschaftsangelegenheiten nach den allgemeinen Grundsätzen angeordnet werden.¹⁾ So kann etwa das Zusammenleben von Eheleuten für die Dauer eines Scheidungsverfahrens geregelt,²⁾ oder einem Vater untersagt werden, die Kinder aus der Obhut der Mutter zu verbringen.³⁾

Vorläufiger Rechtsschutz kann ferner in Form von Schadensersatz aufgrund einstweiliger Anordnung (interim payment of damages⁴⁾) bei Körperverletzung oder Unfalltod gewährt werden. Dieses ebenfalls spezialgesetzlich geregelte Institut einstweiligen Rechtsschutzes⁵⁾ ist nur bedingt mit der sogenannten Zahlungsverfügung des deutschen Zivilprozeßrechts⁶⁾ vergleichbar. Eine solche Anordnung ist nur zulässig, wenn die Haftung des Beklagten einwandfrei feststeht, sei es, daß er sein Verschulden eingestanden hat, dem Grunde nach bereits verurteilt ist oder ein Mitverschulden des Klägers weitgehend auszuschließen ist; der Beklagte muß ferner haftpflichtversichert sein, oder als Behörde oder wohlhabende Person ohne weiteres zur Zahlung in der Lage sein.⁷⁾ Die Anordnung darf dem Gericht im Hauptsacheverfahren erst nach seiner Entscheidung über Haftung und Schadens-

¹⁾ 12 Halsbury 1067, 1068.

²⁾ Hall v. Hall (1971) 1 All ER 762 CA; Anshah v. Anshah (1977) 2 All ER 638 CA.

³⁾ L. v. L. (1969) 1 All ER 852 PDA.

⁴⁾ Diese Regelung geht zurück auf eine Empfehlung des Committee on Personal Injuries Litigation, Cmd. 3619, 1968 und eine entsprechende Ermächtigung in s. 20 des Administration of Justice Act, 1969.

⁵⁾ R.S.C. O. 29 rr. 9-17.

⁶⁾ Baur, 88 64, 608; Eich, S. 1 ff; Gaul, S. 157 ff; Grunsky, JurA 70, 726; Jauernig, S. 338.

⁷⁾ R.S.C. O. 29 r. 12.

höhe bekannt gemacht werden,¹⁾ um im Endurteil einen Ausgleich mit den bereits geleisteten Zahlungen zu ermöglichen.

In allen anderen Bereichen, besonders dem gewerblichen Rechtsschutz, Individual- und Kollektivarbeitsrecht,²⁾ ist der einstweilige Rechtsschutz dem gesetzlich kaum geregelten Institut der interlocutory injunction vorbehalten, das Lord Denning in *Hubbard v. Vosper*³⁾ treffend gekennzeichnet hat:

"The remedy by interlocutory injunction is so useful that it should be kept flexible and discretionary. It must not be made the subject of strict rules."

Gerade in neuester Zeit hat sich diese Anpassungsfähigkeit der interlocutory injunction bewährt. Obwohl das englische Recht einen Arrest nicht kennt, hat der Court of Appeal im Jahre 1975 durch zwei Grundsatzentscheidungen⁴⁾ für bestimmte Fälle einen dinglichen Arrest durch interlocutory injunction eingeführt.⁵⁾

Das Ziel der vorliegenden Arbeit ist eine einheitliche und systematische Darstellung des einstweiligen Rechtsschutzes durch die interlocutory injunction.

¹⁾ R.S.C. O 29 r. 14.

²⁾ Eine Sonderregelung vorläufigen Rechtsschutzes enthält der Employment Protection Act, 1975; ss. 78-80 E.P.A. bestimmen, daß bei Kündigungen allein aus Gründen der Gewerkschaftszugehörigkeit, der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung für die Dauer des Rechtsstreits hat.

³⁾ (1972) 1 All ER 1023 CA 1029 H.

⁴⁾ *Mareva v. International Bulk Carriers* (1975) 2 Lloyd's Rep. 509 CA; *Nippon Yusen Kaisha v. Karageorgis* (1975) 3 All ER 282 CA.

⁵⁾ Dazu § 5.

tion im englischen Recht. Dabei soll versucht werden, die Entwicklung dieses Instituts zu berücksichtigen¹⁾ und ihre Auswirkungen auf das gesamte Rechtsschutzsystem kritisch zu würdigen. Eine selbständige Darstellung des einstweiligen Rechtsschutzes ist in dieser Form, soweit ersichtlich, in England bisher nicht erschienen.²⁾ Dies hat seinen Grund in dem durch das englische Rechtssystem geförderten "Praktiker-Denken"³⁾ das weitgehend auf der rechtsetzenden Kraft richterlicher Entscheidungen beruht. Nur eine systematische Darstellung kann jedoch die tragenden Grundsätze eines Rechtsgebiets erschliessen⁴⁾ und ihren Wert erkennbar machen.

Im zweiten Teil soll darüberhinaus ein Vergleich mit dem deutschen Eilverfahren, aber auch dem französischen *référé*-Verfahren unternommen werden. Diese rechtsvergleichende Darstellung muß sich auf einige Aspekte des der *interlocutory injunction* in etwa vergleichbaren Instituts der einstweiligen Verfügung beschränken. Dabei hindern die grundlegenden Unterschiede dieser Institute einen Vergleich nicht, da insbesondere die Funktionen des einstweiligen Rechtsschutzes und die modernen wirtschaftlichen und

¹⁾ Zur Notwendigkeit der Beschäftigung mit Rechtsgeschichte gerade im englischen Recht: Kötz, S. 149; Vollkommer, S. 148.

²⁾ Die Darstellungen in den einschlägigen Equity-Lehrbüchern behandeln ebenso wie 23 Halsbury Kerr, a.a.O. in erster Linie den vorbeugenden Rechtsschutz durch Beseitigungs- und Unterlassungsklage. Grundrisse des Prozeßrechts, wie Langan, Walker oder Bunge (Zivilprozeßrecht) erwähnen den einstweiligen Rechtsschutz nur kurz oder gar nicht.

³⁾ Esser, S. 189.

⁴⁾ Zur Abneigung englischer Juristen vor systematischer Arbeit, vgl. Rabel, S. 347; ferner Hart, S. 121.

sozialen Bedürfnisse, denen das Eilverfahren in beiden Rechtssystemen genügen muß, durchaus vergleichbar sind.¹⁾ Ein solcher Vergleich kann nicht nur legislatorischen Zwecken dienen,²⁾ sondern über die richterliche Gestaltungsfreiheit nach den §§ 938 Abs. 1, 940 ZPO auch die derzeitige Praxis beeinflussen.

-
- ¹⁾ Zur Aufgabe und Bedeutung der sogenannten funktionalen Rechtsvergleichung siehe Zweigert, S. 197; Esser, S. 349 ff; Sandrock, S. 66 f, 72 f; Gessner, S. 240 ff.
- ²⁾ Sandrock, S. 28; Marsh, S. 7; die Reformkommissionen in England sind durch den Law Commissions Act, 1965 von Gesetzes wegen zur Rechtsvergleichung verpflichtet.

ERSTER HAUPTTEIL

DIE INTERLOCUTORY INJUNCTION

1. Kapitel

Entstehung und rechtliche Grundlagen der interlocutory injunction

In ihrer traditionellen Form ist die injunction ein auf Unterlassung gerichteter Befehl eines Gerichts der Equity,¹⁾ also der früheren Courts of Chancery und Exchequer, an eine Person. Sie ist daher eine sogenannte equitable remedy, die in Eilfällen auch als vorläufige Verfügung (interlocutory injunction) erlassen werden kann.

Wie die Equity verdankt die injunction ihre Entstehung der Prärogative der Krone. Als "Quelle aller Gerechtigkeit und Gnade" entschied der König und später in seinem Auftrag der Lord Chancellor, als "keeper of the King's Conscience", ex aequo et bono²⁾ solche Fälle, die unter dem starren Aktionensystem des Common Law zu unbilligen Urteilen geführt hatten. Mit dem Übergang der "equitable jurisdiction"³⁾ auf den High Court durch das Justizgesetz von 1873⁴⁾ wurde auch die Entwicklung der interlocutory injunction zu einem modernen Institut des einstweiligen Rechtsschutzes im wesentlichen abgeschlossen.

¹⁾ Grundlegend dazu Blumenwitz, S. 7 ff; Henrich, S. 19 ff; Schwarz, S. 101 ff; Walker, S. 30 ff.
²⁾ Siehe Blumenwitz, S. 8.
³⁾ In der Bedeutung von Rechtsweg zu verstehen.
⁴⁾ S. 16 Judicature Act, 1873.

§ 2 Die interlocutory injunction als Institut der Equity

Die injunction wurde bereits in der ersten Hälfte des 14. Jahrhunderts als Mittel zur Intervention gegen Common Law Entscheidungen der unterschiedlichsten Art eingesetzt.¹⁾ Es handelte sich dabei vor allem um Fälle, in denen die Durchsetzung materieller Rechte eindeutig der Billigkeit widersprach. Gründe für ein Einschreiten waren etwa Betrug, Nötigung oder Fälschung. Zwar konnte vor den Common Law Gerichten Betrug als Einrede geltend gemacht werden; der Kläger konnte jedoch weder die Vorlage von Unterlagen verhindern, die durch Täuschung zustandegekommen waren, noch konnte er deren Zurückweisung erreichen.²⁾ Aber auch eine Zahlungsklage aufgrund eines Schuldscheins hatte Erfolg, ohne daß sich der beklagte Schuldner vor den Common Law Gerichten auf Tilgung hätte berufen können.³⁾ In solchen Fällen konnten injunctions sogar nach dem Erlaß eines Urteils (judgment at law) vom Kanzler verfügt werden und so dessen Vollstreckung auf Dauer hindern. Diese injunctions waren sicherlich endgültige Entscheidungen. Wurden sie aber vor Erlaß eines Urteils angeordnet, so handelte es sich um einstweilige Verfügungen, die die weitere klageweise Durchsetzung des Anspruchs solange untersagten, bis der Kanzler den Streit verhandeln konnte.⁴⁾

¹⁾ Potter, S. 104.

²⁾ Holdsworth, I, S. 457.

³⁾ Holdsworth, I, S. 457; Iden v. Denys E.C.P. CCCXXVI, 49 (wiedergegeben bei Barbour, S. 844 ff.

⁴⁾ Barbour, S. 847; Iden v. Denys, vgl. Fn. 3.

In anderen Fällen bot das Common Law keinen oder nur schwachen Rechtsschutz, sodaß es ebenfalls des Eingriffs durch den Kanzler bedurfte. So konnte ein Kläger nach Common Law nur Schadensersatz beanspruchen, ohne die schädigende Handlung vor Schadenseintritt wirksam abwehren zu können. Aufgabe des Kanzlers war es hier, unerlaubten Handlungen ebenso wie Eigentumsverletzungen durch Erlaß einer injunction vorzubeugen.¹⁾ Auch diese Arten der injunction sind in Eilfällen schon vorläufiger Natur gewesen²⁾ und sicherten so den Rechtsfrieden bis zur endgültigen Entscheidung des Kanzlers.

Diese frühen injunctions waren allerdings ein vergleichsweise grobes Instrument zur Erhaltung des Rechtsfriedens für die Dauer des Rechtsstreits. Ihre Vollstreckung richtete sich nach dem Grundsatz "equity acts in personam", mit der Folge, daß der Beklagte bei Mißachtung des Unterlassungsgebots als contemnor of the court stets in Haft genommen werden mußte. Das uneingeschränkte Ermessen des Kanzlers beim Erlaß von injunctions führte schließlich zu dem Vorwurf der Willkür und Rechtsunsicherheit.³⁾ Die "rules of equity" hatten sich noch nicht herausgebildet; allzu häufig und leichtfertig wurden injunctions nicht nur gegen die Verfahrensbeteiligten, sondern auch deren Anwälte gerichtet.⁴⁾ Dies galt insbesondere für die interlocutory injunction, die in zahlreichen Fällen ex parte erlassen wurde;

¹⁾ Holdsworth, I, S. 458; II, S. 324 f; Pollock, S. 190 berichtet, daß im 14. und 15. Jahrhundert die injunction auch zur Abwehr von Hexerei beantragt wurde.

²⁾ Barbour, S. 847; Holdsworth, V, S. 325.

³⁾ Siehe dazu den berühmten Dialog: "Doctor and Student", teilweise wiedergegeben bei Holdsworth, I, S. 460.

⁴⁾ Barbour, S. 847; Holdsworth, I, S. 459.

unter Wolsey¹⁾ bedurfte es dazu nicht einmal einer Klageschrift.²⁾ Diese Mißstände fanden unter anderem Aufnahme in die "articles of impeachment", die schließlich zu Wolsey's Sturz führten.³⁾

In anderer Beziehung freilich erscheint die interlocutory injunction des 15. Jahrhunderts durchaus als fortschrittlich. Man kannte offenbar eine Art Sicherheitsleistung, die ein wesentliches Merkmal des modernen einstweiligen Rechtsschutzes ist. Für den Fall, daß die einstweilige Anordnung zu Unrecht ergangen sein sollte, mußte der Kläger Bürgen benennen, die den Ersatz des entstehenden Schadens garantierten.⁴⁾ Diese Praxis erstarrte jedoch bald zu bloßer Form,⁵⁾ um später völlig aufgegeben zu werden;⁶⁾ erst Mitte des 19. Jahrhunderts wurde dann wieder eine Sicherheits-Garantie in Form des "undertakings as to damages" durch die Rechtsprechung eingeführt.⁷⁾

Als Vorläufer der injunction gilt allgemein der "writ of prohibition" des Common Law.⁸⁾ Es gab aber

¹⁾ Lord Chancellor von 1515 bis 1529.

²⁾ Vor der Chancery wurden Antrag und Begründung als bill bezeichnet; vgl. Blackstone III Commentaries S. 443.

³⁾ Barbour, S. 847; Holdsworth, I, S. 460.

⁴⁾ Iden v. Denys, s.o. S. 39 Fn. 3.

⁵⁾ Barbour, S. 845.

⁶⁾ Blackstone, III Commentaries S. 443 erwähnt nichts dergleichen in seiner Darstellung der injunction.

⁷⁾ Durch Knight-Bruce L.J. (1791-1866); siehe auch § 11.

⁸⁾ Plucknett, S. 678 f; Potter, S. 103; Walker, S. 37.

auch bereits im Common Law einen "Writ quia timet"¹⁾ und einen "writ of estrepment",²⁾ die ähnlich der späteren interlocutory injunction der Erhaltung des status quo für die Dauer eines Prozesses dienen konnten.

Auch diese frühen Common Law Rechtsbehelfe wirkten in personam, konnten aber auch an die Untergerichte oder den Sheriff gerichtet werden.³⁾ Der wesentliche Unterschied zur injunction als einer equitable remedy war aber, daß das treuwidrige Verhalten der Verfahrensbeteiligten keinen Einfluß auf die Entscheidung hatte.

Als Vorbild mag ferner, zumindest in formaler Hinsicht, das römisch-rechtliche Interdikt gedient haben,⁴⁾ das auch in das kanonische Recht übernommen wurde.⁵⁾ Zwar kennt das englische Recht keine Rezeption wie das deutsche; das kanonische Recht konnte jedoch durch den Kanzler, der bis in das 16. Jahrhundert stets ein Geistlicher war,⁶⁾ ständig einen gewissen Einfluß auf das englische Recht nehmen.

Es ist daher ebenso wahrscheinlich, daß die im

¹⁾ Plucknett, S. 679.

²⁾ Holdsworth, II, S. 248.

³⁾ Hazeltine, zitiert bei Plucknett, S. 679; Holdsworth, II, S. 249, Fn. 4 unter Hinweis auf Bracton; unzutreffend daher Walker, S. 37 und Potter, S. 104.

⁴⁾ Buckland-McNair, S. 420; im schottischen Recht kennt man als einstweilige Verfügung das "interdict ad interim", dessen Voraussetzungen mit denen der interlocutory injunction weitgehend vergleichbar sind. Vgl. Walker, Principles, S. 1891.

⁵⁾ Kaser, S. 90.

⁶⁾ Wolsey war der letzte einer ununterbrochenen Reihe klerikaler Kanzler; dazu auch Henrich, S. 20; Maitland, S. 8.

kanonischen Recht anerkannten prozessualen Stillhaltepflichten¹⁾ den einstweiligen Rechtsschutz durch die interlocutory injunction beeinflusst haben. Der stets betonte Grundsatz, vorrangiger Zweck der interlocutory injunction sei es, "to preserve matters in statu quo pending the trial",²⁾ könnte hier seine Wurzel haben.

§ 3 Die Entwicklung zum modernen einstweiligen Rechtsschutz

Die Common Law Richter empfanden auch nach Wolsey's Sturz den häufigen Gebrauch der injunctions³⁾ als unerträglichen Eingriff in ihre jurisdiction.⁴⁾ Zwar wurde nach dem Grundsatz "equity acts in personam" die Common Law Gerichtsbarkeit nicht unmittelbar beeinträchtigt,⁵⁾ es konnten aber auch keine wirksamen Gegenmaßnahmen getroffen werden. Selbst die Möglichkeit, für den Fall der Aufhebung einer injunction sogenannte "punitive damages" zuzusprechen, entfiel, wenn sich der Kanzler die endgültige Entscheidung vorbehielt.⁶⁾

Der so entstandene Konflikt zwischen den beiden konkurrierenden Gerichtsbarkeiten kam schließlich

¹⁾ X ut lite pendente nihil innovetur II, 16.

²⁾ vgl. etwa Hilton v. Lord Granville (1841) Cr. & Ph. 283; Great Western Railway Co. v. Birmingham and Oxford Junction Railway Co. (1848) 2 Ph. 297.

³⁾ Die sog. "common injunctions".

⁴⁾ Der Begriff jurisdiction ist mehrdeutig; wegen der zahlreichen Bedeutungen (Gerichtsbarkeit, Rechtssprechungsgewalt, Rechtsweg aber auch sachliche und örtliche Zuständigkeit) wird im folgenden von einer Übersetzung abgesehen.

⁵⁾ Maitland, S. 322.

⁶⁾ Barbour, S. 844, Fn. 43.

mit dem Earl of Oxford's Case¹⁾ zu seinem Höhepunkt und wurde von James I auf Empfehlung seines damaligen Attorney General Francis Bacon zugunsten der Equity entschieden.²⁾ Als Kanzler erließ Bacon dann später Richtlinien, die den willkürlichen Erlaß von injunctions einschränkten. Er leitete damit eine Entwicklung ein, die schließlich zu dem in Verfahrenstechniken erstickenden Chancery-Prozeß des 18. und frühen 19. Jahrhunderts führte. In diesem Zeitraum wurden jedoch auch die wichtigsten Grundsätze der Equity entwickelt,³⁾ die noch heute bei Erlaß einer interlocutory injunction zu beachten sind.⁴⁾

Das Chancery-Verfahren des 18. Jahrhunderts kannte bereits eine Unterscheidung zwischen einseitiger und zweiseitiger einstweiliger Verfügung, wenn auch die entsprechenden Begriffe⁵⁾ offenbar noch nicht zur Verfügung standen. In Eilfällen war es möglich, eine injunction zeitlich beschränkt bis zur Klageerwidderung zu erlassen, woraufhin dann eine erneute Prüfung entweder zur Ablehnung oder zur weiteren Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes bis zur mündlichen Verhandlung der Hauptsache führte.⁶⁾

Bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts blieb es jedoch bei dem Grundsatz, daß die Common Law Gerichte nur

1) (1615) 1 Ch.Rep. 1; Über die Hintergründe dieser Entscheidung informiert Holdsworth, I, S. 461 ff.

2) "Equity shall prevail".

3) Holdsworth, I, S. 465.

4) Kerr, S. 19.

5) Ex parte oder interim injunction und interlocutory injunction.

6) Blackstone, III Commentaries S. 443.

Schadensersatz zusprechen konnten, vorbeugender und einstweiliger Rechtsschutz aber nur von den Equity Gerichten gewährt wurde.¹⁾ Das zwang den Rechtsschutzsuchenden oft, wegen derselben Sache zwei Verfahren vor verschiedenen Gerichten einzuleiten, soweit ein bereits eingetretener Schaden einzuklagen und weiterhin drohende Schäden abzuwehren waren. Eine Änderung dieses unbefriedigenden Zustandes brachte zunächst der Patent Law Amendment Act, 1852,²⁾ wonach die Common Law Gerichte zum Schutz gegen Patentrechtsverletzungen injunctions erlassen konnten. Angesichts der sehr zurückhaltenden Praxis des Court of Chancery bei der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes in Patentsachen³⁾ erschien diese Reform auch vordringlich. Erst der Common Law Procedure Act, 1854⁴⁾ übertrug den Common Law Gerichten dann umfassendere Zuständigkeiten auf dem Gebiet des Rechtsschutzes durch injunctions. Gleichwohl blieb es weitgehend bei dem überkommenen zweigleisigen Rechtsschutz, weil die Common Law Gerichte das für sie neue Institut der injunction nur sehr zögernd anwandten.⁵⁾

1) Court of Chancery und Court of Exchequer, dessen Equity-Gerichtsbarkeit durch den Court of Chancery Act, 1841 (5 Vict. c. 5) aufgehoben wurde; erst mit dem Chancery Amendment Act, 1858 (Lord Cairn's Act) s. 2 wurde der Court of Chancery befugt auch Schadensersatz statt einer injunction zu gewähren.

2) 15 & 16 Vict. c. 83.

3) Kerr, S. 306.

4) 17 & 18 Vict. c. 125, ss. 79, 82; nach Auff. Baggalay's LJ übertrug dieses Gesetz den Common Law Gerichten sogar eine weiterreichende jurisdiction für den Erlaß von injunctions, als sie der Court of Chancery je hatte; vgl. Quartz Hill Consolidated Gold Mining Co. v. Beall (1882) 20 ChD 501 CA 509.

5) Maitland, S. 322, 324.

§ 4 Die Rechtslage nach dem Judicature Act, 1873

Durch den Judicature Act, 1873 (s. 16) wurde schließlich die jurisdiction¹⁾ der Common Law Gerichte und des Court of Chancery auf den High Court übertragen. Dadurch konnte zwar jede Abteilung²⁾ des High Court of Justice einstweiligen und endgültigen Rechtsschutz durch injunctions gewähren, tatsächlich gehen aber bis heute die Mehrzahl der Anträge in der Chancery Division ein.³⁾ Darüberhinaus enthielt der Judicature Act, 1873 eine ausdrückliche Regelung⁴⁾ wonach der High Court "may grant...an injunction...by an interlocutory order in all cases in which it appears to the court to be just or convenient so to do."

Die Bedeutung dieser Generalklausel war lange streitig, und die Frage nach der jurisdiction ist, wie die Ausführungen dazu in der Entscheidung *Duchess of Argyll v. Duke of Argyll*⁵⁾ zeigen, durchaus noch aktuell. Teilweise⁶⁾ wurde der Bestimmung materiellrechtlicher Charakter beigemessen; demgegenüber setzte sich zunehmend die engere Auffassung von der rein verfahrensrechtlichen Bedeutung dieser Vorschrift

-
- 1) In diesem Zusammenhang wohl am besten mit Rechtssprechungsgewalt zu übersetzen; ungenau daher Henkel, S. 37: "Zuständigkeiten".
 - 2) Chancery Division, Queens Bench Division; Probate Divorce and Admiralty Division, letztere durch den Administration of Justice Act, 1972 in Family Division umbenannt.
 - 3) Pettit, S. 383; dies läßt sich zum Teil auch auf die Spezialisierung der barristers auf Equity oder Common Law zurückführen; dazu Lawson, S. 17.
 - 4) Judicature Act, 1873, s. 25 (8) übernommen in Judicature Act, 1925, s. 45; siehe Anhang A I.
 - 5) (1865) 1 All ER 611 ChD 634 f.
 - 6) *Fry J. in Thomas v. Williams* (1880) 14 Ch.D. 864, 873 (obiter); *Manson v. Tussauds* (1884) 1 Q.B.D. 571 CA 688, 690; *Beddow v. Beddow* (1878) 9 Ch.D. 89, 93; ebenso Maitland, S. 323.

durch,¹⁾ mit der Folge, daß der Rechtsschutz durch injunctions auf solche Fälle beschränkt wurde, in denen schon vor dem Judicature Act, 1873 injunctions erlassen werden konnten. Diese restriktive Auffassung hätte praktisch die jahrhundertlange Entwicklung des Instituts der injunction abgeschlossen und seinen Anwendungsbereich auf die wirtschaftlichen und sozialen Bedürfnisse des 19. Jahrhunderts festgeschrieben. Zur Wiederherstellung der bewährten Flexibilität²⁾ des Rechtsschutzes durch injunctions, namentlich der interlocutory injunction, vertrat der Court of Appeal sehr bald einen vermittelnden Standpunkt,³⁾ wonach jeder materiellrechtliche Anspruch, sowohl nach Common Law als auch nach Equity, durch den Erlass einer injunction geschützt werden kann;⁴⁾ dies gilt auch dann, wenn die Durchsetzung materiellrechtlicher Ansprüche gesetzlich besonders geregelt ist.⁵⁾

Damit wurde der Anwendungsbereich der interlocutory injunction entscheidend erweitert und eine ständige Anpassung des einstweiligen Rechtsschutzes an sich

¹⁾ Brett L.J. in *North London Railway Co. v. Great Northern Railway Co.* 11 Q.B.D. 30, 38; *Kitts v. Moore* (1895) 1 Q.B. 253, 264; *Bacon v. C.* in *Dicks v. Brooks* (1880) 15 Ch.D. 22, 25.

²⁾ Siehe S. 35 Fn. 3.

³⁾ *Cotton L.J.* in *North London Railway Co. v. Great Northern Railway Co.* 11 Q.B.D. 30 CA 39; *Lindley MR.* in *Cummins v. Perkins* (1899) 1 Ch. 16 CA 20; *Jessel MR.* in *Aslatt v. Corp'n. of Southampton* (1880) 16 Ch.D. 143, 148; *Kekewich J.* in *Richardson v. Methley School Board* (1893) 3 Ch. 510, 515.

⁴⁾ *Cotton L.J.* Fn. 3, S. 40.

⁵⁾ *Cooper v. Whittingham* (1880) 15 Ch.D. 501, 506 f; eine Fragestellung, die sich historisch nur aus der hilfsweisen Funktion des Rechtsschutzes durch injunctions als Billigkeitsmaßnahme erklären läßt.

verändernde wirtschaftliche und soziale Verhältnisse durch die Rechtsprechung ermöglicht. Lord Denning führte diese Rechtsprechung auf einen fundamentalen Rechtsgrundsatz zurück und stützte damit seine Entscheidung in *Hill v. Parsons*¹⁾:

"He²⁾ has overlooked the fundamental principle that, whenever a man has a right, the law should give a remedy. The latin maxim is *ubi jus ibi remedium*. This principle enables us to step over the trip-wires of previous cases and to bring the law into accord with the needs of today. I would allow the appeal accordingly and grant an injunction."

Rechtsgrundlage des einstweiligen Rechtsschutzes durch die interlocutory injunction sind damit auch nach dem Judicature Act, 1873, die von der Rechtsprechung entwickelten Equity-Grundsätze, die das weite richterliche Ermessen leiten; denn Rechtsschutzgewährung nach Equity unterliegt stets richterlicher Ermessensausübung.³⁾

Soweit die interlocutory injunction Gegenstand der Rules of the Supreme Court⁴⁾ ist, handelt es sich um reine Verfahrensregeln, die aufgrund einer Ermächtigung des Judicature Act, 1925, s. 99 von einem Juristenausschuß im Verordnungswege erlassen⁵⁾ und ständig revidiert werden.⁶⁾

1) (1971) 3 All ER 1345 CA 1351 G.

2) Gemeint ist der Vorderrichter.

3) Hanbury, S. 64; Keeton, S. 97; Pettit, S. 386; Snell, S. 629 f; Walker, S. 38.

4) R.S.C. O. 29 r. 1; siehe Anhang A II.

5) Dem Rule Committee gehören an: Der Lord Chancellor, der Lord Chief Justice, der Master of the Rolls, 4 Richter, 2 Barrister und 2 Solicitors.

6) Schmitthoff, S. 41.

Wenn die injunction bis zum Judicature Act, 1873 eine auf Ausnahmefälle beschränkte, der Schadensersatzklage gegenüber subsidiäre Billigkeitsmaßnahme darstellte, so trat sie nun verfahrensrechtlich als gleichwertiges Rechtsschutzinstitut neben die Klagemöglichkeiten nach Common Law.¹⁾ Der Anwendungsbereich der injunction wurde dadurch nicht nur erweitert,²⁾ sie wurde vor allem auch häufiger angewandt.³⁾

Der klassische Anwendungsbereich der injunction hingegen, die common injunction, wurde durch den Judicature Act aufgehoben.⁴⁾ Relikte dieser Befugnis, Klägern die Prozeßführung vor anderen Gerichten im Wege der injunction zu untersagen, sind jedoch auch heute noch vorhanden:⁵⁾ So kann der High Court ein rechtsmißbräuchliches Verfahren durch injunction einstellen oder die entsprechende Klageerhebung vor einem anderen Gericht im quia timet Verfahren untersagen.⁶⁾

¹⁾ Die historisch bedingte Entwicklung der injunction wirkt gleichwohl in dem Grundsatz nach, daß die Möglichkeit des Ausgleichs einer Rechtsverletzung durch Schadensersatz den Rechtsschutz durch injunction ausschließt (vgl. § 15).

²⁾ So wird die injunction seit einiger Zeit verstärkt als Beugemittel gegen Ordnungswidrigkeiten eingesetzt, wenn sich die entsprechenden Geldbußen als unwirksam erweisen; siehe Stafford Borough Council v. Elkenford (1977) 2 All ER 519 ChD und Kiralfy, S. 230.

³⁾ Keeton, S. 258 f.

⁴⁾ S. 24, heute Judicature Act, 1925, s. 41, bestimmt, daß die zuvor mit einer common injunction vorgebrachten Einwendungen nach Inkrafttreten des Judicature Acts, am 1.11.1875, im Wege der Klageerwiderung (defence) darzulegen sind.

⁵⁾ Maitland, S. 322 weist auf ausländische und Kolonialgerichte hin; siehe ferner 21 Halsbury 847.

⁶⁾ Bryanston Finance v. de Vries (No. 2) (1976) 1 All ER 25 CA 36 c.

Zusammenfassung 1. Kapitel

Aus der historischen Entwicklung der injunction ergibt sich:

Für die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes sind die Grundsätze der Equity maßgebend; die Entscheidung ist stets eine Ermessensentscheidung.

Der einstweilige Rechtsschutz ist eine besondere Form des durch die injunction gewährleisteten vorbeugenden Rechtsschutzes, der sich im Spannungsfeld zweier konkurrierender Gerichtsbarkeiten entwickelt hat.

Der vorbeugende Rechtsschutz durch interlocutory und permanent injunction galt bis zum Judicature Act 1873 als Ausnahme von dem Grundsatz der Rechtsschutzgewährung durch Schadensersatz.

Der moderne privatrechtliche Anwendungsbereich der interlocutory injunction ist mit dem Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung weitgehend vergleichbar.

2. Kapitel

Erscheinungsformen und Anwendungsbereich der interlocutory injunction

Injunctions werden entsprechend ihrer zeitlichen Wirkung und Rechtskraft allgemein in endgültige (perpetual oder permanent) und einstweilige Verfügungen (interlocutory injunctions) eingeteilt. Gegenüber der perpetual¹⁾ injunction, die das Ergebnis eines ordentlichen Verfahrens mit umfassender Beweisaufnahme ist, ergeht die interlocutory injunction in gleicher Form, mit dem ihre Vorläufigkeit kennzeichnenden Zusatz: "Until after judgment in this action or until further order in the meantime."²⁾

Nach ihrem Inhalt werden Verbots-³⁾ und Leistungsverfügungen⁴⁾ unterschieden, die als endgültige und einstweilige Verfügungen erlassen werden können. Zur Abwendung drohender Rechtsbeeinträchtigung gibt es die quia timet injunction, eine vorbeugende Verfügung, die das Gericht auch im vorläufigen Verfahren anordnen kann.⁵⁾

¹⁾ "Perpetual" bedeutet nicht unbedingt, daß der Verfügung tatsächlich auch Dauerwirkung zukommt (vgl. Hanbury, S. 61); eine zeitliche Beschränkung kann sich auch hier, z.B. bei einer Wettbewerbsklausel, die durch Unterlassungsverfügung geschützt wird, ergeben. Die Bezeichnung "final injunction" ist daher treffender (so etwa Kiralfy, S. 231; Walker, S. 259).

²⁾ Siehe Anlage B; die Beteiligten werden auch im vorläufigen Verfahren als Kläger (plaintiff) und Beklagter (defendant) bezeichnet.

³⁾ Prohibitory injunction.

⁴⁾ Mandatory injunction.

⁵⁾ Hanbury, S. 61; Lawson, S. 221; Pettit, S. 390.

Die Grundform einstweiligen Rechtsschutzes ist die Verbotsverfügung (prohibitory oder restrictive injunction¹⁾). Gegenüber der Leistungsverfügung (mandatory injunction) ist sie auch die entwicklungsgeschichtlich ältere Erscheinungsform.²⁾

Die prohibitory injunction ist darauf gerichtet, eine ~~sonstige Handlung~~ zu untersagen; sie erfüllt damit eine Präventivfunktion. Zweck der mandatory injunction ist es, einen einmal vorhanden gewesenen Zustand wiederherzustellen.³⁾

Diese Unterscheidung beider Formen einstweiligen Rechtsschutzes richtet sich nach Inhalt und Auswirkung einer beantragten Verfügung, nicht unbedingt nach deren Vorläufigkeit.⁴⁾ Von Bedeutung ist die Unterscheidung vor allem für die Ausübung des richterlichen Ermessens. Zwar gilt der Grundsatz, daß jegliche Rechtsschutzgewährung in Equity richterlichem Ermessen unterliegt;⁵⁾ das Ermessen bei Erlass einer mandatory injunction ist jedoch ungebundener als bei der prohibitory injunction, die normalerweise "as of course" angeordnet wird.⁶⁾

¹⁾ Hanbury, S. 60; Maitland, S. 318; Pettit, S. 387.
²⁾ Siehe § 6.

³⁾ Megarry J. in *Shepherd Homes v. Sandham* (1970) 3 All ER 402 ChD 409 B,C: "...there are important differences between prohibitory and mandatory injunctions. By granting a prohibitory injunction, the court does no more than prevent for the future the continuance or repetition of the conduct of which the plaintiff complains. The injunction does not attempt to deal with what had happened in the past;... on the other hand a mandatory injunction tends at least in part to look to the past,..."

⁴⁾ Megarry J. in *Woolfs v. Jockeyman Garden* (1940) 3 All ER 326 ChD 355 E.
⁵⁾ Siehe S. 48 Fn. 3.

⁶⁾ Lord Upjohn in *Redland Bricks v. Morris* (1969) 2 All ER 576 H.L. 579 G; bei der prohibitory injunction mögen die zahlreichen Präzedenzfälle eine gewisse Ermessensbindung oder gar Schrumpfung bewirken haben.

§ 5 Einstweiliger Rechtsschutz durch die prohibitory injunction

Der Anwendungsbereich der prohibitory injunction umfaßt das Recht der unerlaubten Handlungen, Besitzstörungen und Eigentumsverletzungen (law of torts¹⁾) und, mit gewissen Einschränkungen, das Vertragsrecht (law of contracts). Dies macht die interlocutory prohibitory injunction zum vorrangigen Rechtsbehelf bei der Durchsetzung gewerblicher Schutzrechte.²⁾ Im Vertragsrecht konkurriert die injunction mit einem weiteren Rechtsschutzinstitut der Equity, der specific performance oder Vertragserfüllung,³⁾ deren Voraussetzungen weitgehend übereinstimmen. Während die specific performance jedoch grundsätzlich nur gewährt wird, wenn sich das Gericht in der Lage sieht, umfassende Vertragserfüllung anzuordnen,⁴⁾ können mit Hilfe der injunction auch einzelne Verpflichtungen eines Vertrages erzwungen werden. So dient die prohibitory injunction seit der Entscheidung des House of Lords in *Doherty v. Allman*⁵⁾ nur der Durchsetzung ausdrücklicher Unterlassungspflichten (express negative covenants⁶⁾). Die rule in

¹⁾ Einen Überblick gibt Henrich, S. 78 ff.

²⁾ Patents, Trademarks, Copyright, Industrial Designs; dazu White/Jacob, S. 6 f; Kerly, S. 651 f.

³⁾ *Cheshire/Fifoot*, S. 608: "The analogous remedy of injunction."

⁴⁾ *Selbourne L.C. in Wilson v. Northampton & Banbury Junction Railway Co.* (1874) 9 Ch.App. 279, 284: "The court gives specific performance instead of damages, only when it can by that means do more perfect and complete justice"; siehe auch Kerr, S. 409. (1878) 8 App.Cas. 709; Gegenstand des Verfahrens war eine final injunction.

⁶⁾ Im Unterschied dazu die stillschweigenden Unterlassungspflichten (implied negative covenants), die mehr oder weniger Bestandteil jeden Vertrages sind; diese Unterlassungspflichten können nur durch injunction erzwungen werden, wenn sie sich hinreichend konkretisieren lassen (*Bower v. Bantam Investments* (1972) 3 All ER 349 ChD 350).

[illegible][illegible][illegible]

Grundsatzentscheidung Lumley v. Wagner¹⁾ anerkannt wurde.

Die Beklagte, Johanna Wagner, hatte sich verpflichtet, für die Dauer von 3 Monaten, 2 Abende wöchentlich, im Theater des Klägers aufzutreten und ihre Talente während dieser Zeit niemandem sonst zur Verfügung zu stellen. Bereits vor Beginn der Theatersaison gab die Beklagte ihr Engagement bei dem Kläger auf und verpflichtete sich, für den ebenfalls beklagten Mr. Gye zu singen.

Der Klageantrag war darauf gerichtet, für die Dauer des Vertrages der Beklagten den Auftritt im Theater Gye's zu verbieten und diesem die Annahme der Dienste der Beklagten zu untersagen. Das Gericht gab der Unterlassungsklage statt, wobei es sich allein auf die in dem Vertrag enthaltene selbständige Unterlassungsverpflichtung stützte und dabei nur kurz auf den Zusammenhang mit der Dienstleistungspflicht einging: Mit der Entscheidung sei nicht beabsichtigt, mittelbar doch Vertragserfüllung zu erreichen, die das Gericht unmittelbar nicht zusprechen könne.²⁾

Da schließlich jeder Arbeitsvertrag außer der Dienstleistungspflicht auch Unterlassungspflichten enthält, die entweder ausdrücklich oder aber stillschweigend Vertragsbestandteil sind, hat es nicht an Versuchen gefehlt, die rule in Lumley v. Wagner auch auf Verträge anzuwenden, die keine konkreten und ausdrücklichen Unterlassungspflichten enthielten.³⁾ In der Entscheidung Whitwood Chemical v. Hardman⁴⁾ etwa wollte der Kläger den Beklagten durch prohibitory, interlocutory injunction daran hindern, seine Arbeitskraft teilweise einer anderen Firma zur Verfügung zu

¹⁾ (1852) 1 DeG.M. & G. 604.

²⁾ Unbeeindruckt von dieser Absichtserklärung wird die Entscheidung von Jessel MR. in Fothergill v. Rowland (1873) L.R. 17 Eq. 132 (140) als "roundabout method" bezeichnet.

³⁾ Wobei sich die Auslegung vertraglicher Bestimmungen nach dem Inhalt nicht dem Wortlaut richtet (vgl. Branson J. in Warner Brothers v. Nelson (1937) 1 K.B. 209, 216).

⁴⁾ (1891) 2 Ch. 416 CA; ebenso Mortimer v. Becket (1920) 1 Ch. 571.

stellen; der Court of Appeal entschied, daß die Vertragsklausel mit der sich der Beklagte verpflichtet hatte, "the whole of his time to the company's business", zur Verfügung zu stellen, kein durch Verbotsverfügung erzwingbares Unterlassungsversprechen darstelle.¹⁾

Wesentlicher Bestandteil aller folgenden Entscheidungen wurde damit die Trennung und Auslegung einzelner Vertragsbestimmungen. Ein weiteres Problem ergab sich daraus, daß auch das gerichtliche Unterlassungsgebot den Beklagten nicht zur Vertragserfüllung zwingen durfte. Hier setzte sich bald die Formel durch, die injunction dürfe den Beklagten nicht vor die Alternative stellen, entweder seiner Dienstleistungspflicht nachzukommen oder müßig zu bleiben und zu verhungern.²⁾ Derart begründete Entscheidungen muten recht willkürlich an³⁾ und grenzen teilweise an Spitzfindigkeit.⁴⁾

Die rule in Lumley v. Wagner kann das eigentliche Anliegen vorbeugenden und gerade einstweiligen Rechtsschutzes, nämlich irreparable Schäden beim

¹⁾ Lindley L.J. in *Whitwood Chemical v. Hardman* (1891) 2 Ch. 416 CA 426: "...it does not at all follow that, because a person has agreed to do a particular thing, he is, therefore, to be restrained from doing everything else which is inconsistent with it."

²⁾ Russell J. in *Rely-a-Bell Burglar and Fire Alarm Co. v. Eisler* (1926) Ch. 609: "It seems to me that if I were to restrain this man according to the terms of the covenant, he would be forced to remain idle and starve." Ebenso *Ehrman v. Bartholomew* (1898) 1 Ch. 671; *Warner Brothers v. Nelson* (1937) 1 K.B. 209, 217; *Page One Records v. Britton* (1967) 3 All ER 822 ChD 827 F.

³⁾ So wird in *Warner Brothers v. Nelson* Fn. 2 ausgeführt, die beklagte Schauspielerin könne ihren Lebensunterhalt auch durch andere Arbeit verdienen.

⁴⁾ *Cheshire/Fifoot*, S. 616; *Pettit*, S. 416; kritisch schon *Jessel MR. s.o. S. 55 Fn. 2.*

Kläger zu vermeiden, nicht verwirklichen. Dies wäre nur zu erreichen, wenn die Beklagte zur Erfüllung der Dienstleistungspflicht gezwungen werden könnte. Dazu aber ist das in Lumley v. Wagner ausgesprochene Unterlassungsgebot nicht das geeignete Mittel.¹⁾ Der Schaden, den der Kläger durch seinen Antrag verhindern will, entsteht in jedem Fall.²⁾ Der rechtlich notwendige Zusammenhang zwischen Unterlassungsgebot und Schutz der Rechtsposition ist nicht gewahrt, so daß sich die rule in Lumley v. Wagner insoweit als dogmatisch verfehlte Konstruktion erweist.

Läßt sich daher Lumley v. Wagner dogmatisch nicht erklären, so können doch historische und rechtspolitische Gründe dafür angeführt werden. Da sich der Court of Chancery von jeher als Hüter des Grundsatzes von Treu und Glauben verstanden hat,³⁾ ist Lumley v. Wagner als einzig mögliche Reaktion auf das vertrags- und treuwidrige Verhalten der Beklagten zu sehen. Eine Reaktion, die zwar im konkreten Einzelfall erfolglos bleibt, die jedoch eine gewisse Präventivfunktion haben kann, indem sie wohlüberlegten Vertragsverletzungen mit einkalkuliertem Schadensersatzrisiko entgegenwirkt.⁴⁾ Die rule in Lumley v. Wagner ist damit bei Dienstleistungen jeder Art

1) Die Beklagte wurde dadurch auch tatsächlich nicht veranlaßt, für den Kläger zu singen, wie sich aus der Entscheidung Lumley v. Gye (1853) L.J.Q.B. 463 ergibt.

2) Dieser Schaden wurde von Lumley auch eingeklagt; die Klage war jedoch nicht gegen die Sängerin Wagner, sondern gegen ihren Agenten Gye gerichtet. Die hierzu ergangene Entscheidung Lumley v. Gye (vgl. Fn. 1) ist Grundsatzentscheidung zur Haftung aus unerlaubter Handlung bei Verleitung zum Vertragsbruch.

3) Court of conscience; s.o. S. 38.

4) St Leonhards, LC. in Lumley v. Wagner (1852) 1 DeG. M. & G. 604 Ch. 606. Ferner § 15 am Ende.

anzuwenden¹⁾ und hängt auch nicht vom Nachweis drohenden Schadens ab.²⁾

Ein weiterer Anwendungsbereich der Verbotsverfügung ist die einstweilige Regelung streitiger Rechtsverhältnisse im Gesellschafts- und Arbeitsrecht.³⁾ So kann durch interlocutory prohibitory injunction für die Dauer des Rechtsstreits etwa die Wiedereinsetzung eines abgewählten Gewerkschaftsfunktionärs⁴⁾ oder die Wiedereinstellung eines fristlos entlassenen Arbeitnehmers erreicht werden.⁵⁾ Die einstweilige Verfügung verbietet es der Gewerkschaft oder dem Arbeitgeber dann, die Kündigung zu vollziehen,⁶⁾ was tatsächlich einer bis zur Hauptsacheentscheidung befristeten Wiedereinstellung gleichkommt.

Ferner kann etwa die Teilnahme an einer Gesellschafterversammlung erzwungen werden, wobei dem Geschäftsführer durch interlocutory injunction untersagt wird, die Versammlung ohne die Kläger abzuhalten.⁷⁾

-
- 1) Also nicht nur bei einmaligen, nicht wiederholbaren Leistungen von Künstlern etwa, sondern auch bei Dienstleistungen von Angestellten oder Handelsvertretern.
 - 2) Marco Productions v. Pagola (1945) K.B. 111; siehe auch § 15.
 - 3) Regelung der Rechtsverhältnisse von Clubs, Partnerships, Companies und Gewerkschaften, aber auch im Individualarbeitsrecht; siehe Pettit, S. 419, 425.
 - 4) Leary v. N.U. of Vehicle Builders (1970) 2 All ER 713 ChD 727 H wenn auch in diesem Fall das einstweilige Rechtsschutzbegehren abgelehnt wurde.
 - 5) Hill v. Parsons (1971) 3 All ER 1345 CA 1347 A; Chappell v. Times (1975) 2 All ER 233 CA.
 - 6) Hill v. Parsons, a.a.O. Fn. 5: "...restraining the defendants...from treating the notice...as having determined the employment of the plaintiff with the defendants."
 - 7) Woodford v. Smith (1970) 1 All ER 1091 ChD 1091 G.

Die etwas sonderbare Form einstweiliger Zwischenregelung durch Verbotsverfügung, erklärt sich aus der Unzulässigkeit vorläufiger Gestaltungsverfügungen (interlocutory declarations¹⁾).

In diesen Fällen führt die prohibitory injunction zur vorläufigen Befriedigung des Klägers, ohne daß die engeren Voraussetzungen der mandatory injunction erforderlich wären. Gerade die Entscheidung Hill v. Parsons²⁾ widerspricht jedoch dem allgemeinen Grundsatz, daß im Arbeitsvertragsrecht auf Vertragserfüllung gerichtete Rechtsschutzbegehren unzulässig sind.³⁾ Diese Entscheidung ist daher als Ausnahme anzusehen, die durch die außergewöhnlichen Umstände des Falles gerechtfertigt schien.⁴⁾

Die interlocutory prohibitory injunction zur Regelung streitiger Rechtsverhältnisse kann, wie die Entscheidung Leigh v. National Union of Railwaymen⁵⁾ zeigt, durchaus auch auf endgültige Befriedigung gerichtet sein. Das Gericht untersagte der beklagten Gewerkschaft, eine Präsidentenwahl abzuhalten, ohne vorher den Kläger auf die Kandidatenliste zu setzen. Gegenstand des Hauptsacheverfahrens war die bereits im vorläufigen Verfahren entschiedene Frage des passiven Wahlrechts des Klägers.

-
- ¹⁾ International General Electric Co. of New York v. Customs and Excise Comrs (1962) 2 All ER 398;
²⁾ Hill v. Parsons (1971) 3 All ER 1345 CA 1358.
³⁾ S.o. Fn. 1.
³⁾ S.o. S. 54 Fn. 3; ferner Stamp LJ. in Hill v. Parsons (1971) 3 All ER 1345 CA 1358.
⁴⁾ Chappell v. Times (1975) 2 All ER 233 CA 239 H; das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien war nicht gestört.
⁵⁾ (1969) 3 All ER 1249 ChD; ferner Wooford v. Smith (1970) 1 All ER 1091 ChD.

Schließlich ist die interlocutory prohibitory injunction seit 1975 in bestimmten Fällen auch als Arrestverfügung möglich.¹⁾ Ein Arrestverfahren war im englischen Recht zwar bislang unzulässig und seine Einführung ist durch die Rechtsprechung stets abgelehnt worden.²⁾ In dem Fall *Nippon Yusen v. Karageorgis*³⁾ hat der Court of Appeal jedoch entschieden, daß zur vorläufigen Sicherung von Geldforderungen dem Schuldner untersagt werden kann, sein Vermögen der englischen Gerichtsbarkeit zu entziehen. Ebenso entschied der Court of Appeal in *Mareva Compania Naviera v. International Bulk Carriers*.⁴⁾ In beiden Fällen hielten sich die Beklagten im Ausland auf, verfügten jedoch über Bankguthaben in England, die durch interlocutory injunction beschlagnahmt wurden. Mit der Entscheidung *Rasu Maritima v. Pertamina*⁵⁾ wurde diese Rechtsprechung auch auf die Beschlagnahme anderer Vermögensgegenstände ausgedehnt und unter ausdrücklichem Hinweis auf entsprechende kontinentaleuropäische Institute,⁶⁾ Londoner Handelsrecht des 18. Jahrhunderts und das nordamerikanische Verfahren des foreign attachment gerechtfertigt.

¹⁾ S.o. § 1, S. 35.

²⁾ James LJ. in *Robinson v. Pickering* (1881) 16 Ch.D. 660, 661: "You cannot get an injunction to restrain a man who is alleged to be a debtor from parting with his property." Ebenso Cotton LJ. in *Lister & Co. v. Stubbs* (1890) 45 Ch.D. 1, 14.

³⁾ (1975) 3 All ER 282 CA.

⁴⁾ (1975) 2 Lloyd's Rep. 509 CA.

⁵⁾ (1977) 3 All ER 324 CA.

⁶⁾ Denning MR. nennt das französische "saisie conservatoire" und bezeichnet den Arrest in Deutschland als "more understood and acceptable" (Fn. 1, S. 335 H). Er versteht diese Rechtsprechung dabei als Beitrag zur Rechtsangleichung der EG-Mitgliedstaaten (Fn. 1, S. 332 D).

§ 6 Einstweiliger Rechtsschutz durch die mandatory injunction

Die Zulässigkeit der mandatory injunction war bis zu Beginn des 19. Jahrhunderts bestritten.¹⁾ Danach konnte sie sich zunächst nur in indirekter Form, d.h. als Verbotsverfügung durchsetzen.²⁾ Das Gericht ordnete darum nicht etwa an, eine Mauer niederzureißen, sondern verbot dem Verfügungsbe- klagten, die Mauer dort zu belassen, wo sie errich- tet worden war.³⁾ Dem Inhalt nach war dies ein Lei- stungsbefehl, der jedoch erst um die Jahrhundert- wende, nämlich seit der Entscheidung *Jackson v. Normanby Brick Company*,⁴⁾ auch die Form einer Leistungsverfügung annahm.

Diese Entwicklung zeigt schon den Ausnahmecharakter der Leistungsverfügung. Zwar ist mittlerweile allge- mein anerkannt, daß grundsätzlich keine unterschied- lichen Anforderungen an den Erlaß von Verbots- und Leistungsverfügungen zu stellen sind, sofern es sich um endgültige Entscheidungen (final injunctions) handelt.⁵⁾ Im einstweiligen Rechtsschutz dagegen

¹⁾ *Lane v. Newdigate* (1804) 10 Ves. 192; 7 RR 381.
²⁾ Kerr, S. 40; Maitland, S. 320 f; Pettit, S. 387; Snell, S. 624.

³⁾ Siehe etwa *Daniel v. Ferguson* (1891) 2 Ch. 27 CA 28 f; "...an order restraining the Defendant un- til judgment or further order...from permitting the wall or building which he had erected to re- main on his land." Ebenso *Von Joel v. Hornsey* (1895) 2 Ch. 774 CA.

⁴⁾ (1899) 1 Ch. 438 CA.

⁵⁾ *Smith v. Smith* (1875) L.R. 20 Eq. 500, 504; *Law- rence v. Horton* (1890) 59 L.J.Ch. 440; *Davies v. Gas Light and Coke Co.*, (1909) 1 Ch. 708 CA; a.A.: Maitland, S. 321 mit der älteren Rechtsprechung in *Great North of England, Clarence and Hartlepool Junction Railway Co. v. Clarence Railway Co.* (1845) 1 Coll. 507; *Isenberg v. East India House Estate* (1863) 3 De G.J. & Sm. 263 wo an den Erlaß der man- datory injunction strengere Anforderungen gestellt wurden.

gilt die mandatory injunction, wenngleich auch hier ihre Zulässigkeit grundsätzlich anerkannt ist,¹⁾ nach wie vor als außergewöhnliche Maßnahme.²⁾ Gleichwohl hat diese Form einstweiligen Rechtsschutzes gegenüber früher erheblich an Bedeutung gewonnen.³⁾

Nach Auffassung Megarry's⁴⁾ muß sich das Gericht unter anderem einen höheren Grad an Gewißheit darüber verschaffen, daß die mandatory injunction im Hauptsacheverfahren bestätigt wird. Das kann im vorläufigen Verfahren aber nur gewährleistet sein, wenn es sich um materiellrechtlich unproblematische Fälle handelt,⁵⁾ die unter Umständen sogar ohne Beweisaufnahme entschieden werden können.

Solche Fälle sind jedoch in den neueren veröffentlichten Entscheidungen zum einstweiligen Rechtsschutz durch mandatory injunction nicht mehr zu finden, da sie sich häufig bereits im vorläufigen Verfahren endgültig erledigen, wenn sich die Beteiligten darüber einigen, das vorläufige Verfahren als Hauptsacheprozeß zu behandeln (that the motion shall be treated as the trial of the action⁶⁾). Die neueren

-
- 1) Gale v. Abbot (1862) 10 W.R. 748, 750; Bonner v. Great Western Railway (1883) 24 Ch.D. 1, 10.
 - 2) Canadian Pacific Railway v. Gaud (1949) 2 K.B. 239 CA 251; vgl. auch Comet Radiovision Services v. Farnell-Tandberg (1971) 3 All ER 230 ChD 235; Esso Petroleum v. Kingswood Motors (1973) 3 All ER 1057 QBD 1069 F.
 - 3) Megarry J. in Shepherd Homes v. Sandham (1970) 3 All ER 402 ChD 409 E: "Even if today the degree of rarity of such applications is not quite so profound, the seriousness of such an order remains as an important factor."
 - 4) Shepherd Homes v. Sandham, Fn. 3, S. 412 B; ebenso in Hounslow v. Twickenham Gardens (1970) 3 All ER 326.
 - 5) Kerr, S. 44; 21 Halsbury 774; beide unter Hinweis auf ältere Rechtsprechung.
 - 6) So etwa in Puddephat v. Leith (1916) 1 Ch. 200.

Entscheidungen gehören vielmehr einer typischen Fallgruppe an, die letztlich auf das Urteil des Court of Appeal in Daniel v. Ferguson¹⁾ zurückgeht.

Diesem Rechtsstreit lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger hatte sich mit einer vorbeugenden Unterlassungsklage gegen die geplante Errichtung eines Hauses auf dem Nachbargrundstück gewandt, weil er der Auffassung war, das Gebäude werde die Lichtzufuhr hindern.²⁾ Unmittelbar nach Zustellung der Klage begann der Beklagte mit zahlreichen Arbeitern über das Wochenende, die dem Grundstück des Klägers gegenüberliegende Mauer hochzuziehen. Am darauffolgenden Montag verfügte das Gericht ex parte zunächst einen Baustop und ordnete später, nach Anhörung des Beklagten, durch interlocutory mandatory injunction den Abriß der Mauer an. Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung, ohne Rücksicht auf den möglichen Ausgang des Klageverfahrens.³⁾

Der Entscheidung Daniel v. Ferguson lassen sich zwei Grundsätze entnehmen, die für das richterliche Ermessen bei der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes durch Leistungsverfügung immer noch maßgebend sind.

Einmal handelt es sich stets um Fälle, bei denen im Zeitpunkt der Klageerhebung eine Verbotsverfügung dem Sicherungszweck des einstweiligen Rechtsschutzes

¹⁾ (1891) 2 Ch. 27 CA.

²⁾ Bei "obstruction of ancient lights" ist ein Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch gegeben, wenn sich der Kläger 20 Jahre ununterbrochener Lichtzufuhr erfreut hat; nach dem Rights of Light Act, 1959 beträgt dieser Zeitraum nunmehr 27 Jahre.

³⁾ Lindley und Kay LLJ. a.a.O. Fn. 1 führen dazu fast in wörtlicher Übereinstimmung aus (S. 27 und 30): "It is right that buildings thus run up should be pulled down at once, without regard to what result of the trial may be." Ebenso Von Joel v. Hornsey (1895) 2 Ch. 774 CA.

durchaus genügt hätte; dieser Erfolg wird aber durch das treuwidrige Verhalten des Beklagten vereitelt. Ein solcher Versuch, dem Gericht zuvorzukommen (attempt to steal a march on the court¹⁾ kommt einem Angriff auf die Rechtspflege gleich,²⁾ den ein Court of Equity keinesfalls dulden kann.³⁾ Das Gericht reagiert sofort mit einer mandatory injunction,⁴⁾ wobei die Entscheidung über den materiellrechtlichen Anspruch ausdrücklich offenbleibt, auch mit der möglichen Konsequenz einer Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung.⁵⁾

Nach diesen Grundsätzen verfuhr der Court of Appeal auch in der Entscheidung *Luganda v. Service Hotels*,⁶⁾ wo der Beklagte die Abwesenheit des Klägers arglistig nutzte, um das Schloß zu dessen Apartment auszuwechseln und damit de facto einen Kündigungsrechtsstreit zu erledigen. Das Gericht verfügte einstimmig, dem Kläger durch interlocutory mandatory injunction wieder die Verfügungsgewalt über seine Räume zu geben, da der Beklagte durch seine Eigenmächtigkeit die Möglichkeit, einstweiligen Rechtsschutz durch

¹⁾ *Shepherd Homes v. Sandham* (1970) 3 All ER 402 ChD 412 G; diese Fallgestaltung wird allgemein in dieser Weise gekennzeichnet. Siehe Pettit, S. 390.

²⁾ Replik von Buckley Q.C. in *Von Joel v. Hornsey* (1895) 2 Ch. 774 CA 775: "His conduct really amounted to contempt of court."

³⁾ *Uthwatt LJ. in Winter Garden Theatre v. Millenium Productions* (1947) 2 All ER 331 HL 343: "In a court of equity, wrongful acts are no passport to favour."

⁴⁾ *Cotton LJ. in Hermann Loog v. Bean* (1884) 26 Ch. 306 CA 314: "This Court, when it sees that a wrong is committed, has a right at once to put an end to it, and has no hesitation in doing so by a mandatory injunction, if it is necessary for the purpose."

⁵⁾ *Acrow v. Rex Chainbelt* (1971) 3 All ER 1175 CA 1181 H; siehe ferner § 19.

⁶⁾ (1969) 2 All ER 692 CA; ähnlich *Warder v. Cooper* (1970) 1 All ER 1112 ChD.

Verbotsverfügung zu erlangen, vereitelt hatte.¹⁾

Zwei weitere Entscheidungen zum Wettbewerbsrecht (restrictive trade practice) liegen die gleichen Prinzipien zugrunde: Acrow v. Rex Chainbelt²⁾ und Esso Petroleum Company v. Kingswood Motors.³⁾

In Acrow v. Rex Chainbelt hatte das Gericht der Klägerin zunächst einstweiligen Rechtsschutz durch prohibitory injunction gewährt und der Beklagten bis zur Entscheidung über die Wirksamkeit eines Lizenzvertrags untersagt, die Produktion der Klägerin zu behindern. Die amerikanische Mutter der Beklagten jedoch wies ihre Tochterfirma an, die Lieferung wichtiger Teile an die Klägerin einzustellen. Daraufhin verpflichtete der Court of Appeal die Beklagte im Wege einstweiligen Rechtsschutzes durch mandatory injunction, zur Lieferung der benötigten Teile.

Auch in diesem Fall wurde der Erfolg einer zunächst erlassenen Verbotsverfügung durch Einmischung eines nicht unbeteiligten Dritten vereitelt. Diese Mißachtung des Gerichts - in ihrer stärksten Form, des contempt of court -⁴⁾ erforderte sofort die einschneidende Maßnahme einer Leistungsverfügung im vorläufigen Verfahren, ohne Rücksicht auf das anhängige Klageverfahren.⁵⁾

¹⁾ Denning MR. führt u.a. zur Begründung aus (S. 695 H): "They are wrong to take the law into their own hands. If the defendants had not changed the lock - and the plaintiff was still in occupation - I am sure that the court would have granted an injunction to prevent the defendants from locking him out. They should not be in a better position by wrongfully locking him out."

²⁾ (1971) 3 All ER 1175 CA.

³⁾ (1973) 3 All ER 1057 QBD.

⁴⁾ Denning MR. in Acrow v. Rex Chainbelt, a.a.O. Fn. 2 S. 1180 F: "No greater impediment could be imagined. This is clearly unlawful. It is a cotempt of the High Court of England, as well as a breach of the implied term."

⁵⁾ S.o. S. 64 Fn. 5.

Ebenso entschied der High Court - Queens Bench Division - in dem Fall *Esso Petroleum v. Kingswood Motors*,¹⁾ wo die Rückübertragung eines Grundstücks durch interlocutory mandatory injunction angeordnet wurde.

Gegenstand dieses Verfahrens war ein Alleinvertriebsvertrag (solus agreement) zwischen Esso und Kingswood Motors, einer Tankstelle. Bis zur endgültigen Entscheidung über die Wirksamkeit des Vertrages, hatte das Gericht dem Beklagten Vertragsverletzungen, wie den Verkauf anderer Treibstoffe, und eine Übereignung der Tankstelle an einen Dritten untersagt; dem Dritten wurde aufgegeben, jede Verleitung zum Vertragsbruch (inducement of breach of contract) zu unterlassen. Nachdem bekannt wurde, daß die Beklagte die Tankstelle, trotz gegenteiliger Versicherung, kurz zuvor bereits übereignet hatte, erließ das Gericht antragsgemäß sofort eine auf Rückübertragung gerichtete mandatory injunction gegen den beklagten Dritten. In seiner Begründung stützte sich Bridge J. ausdrücklich auf den *Acrow-Fall* und führte unter anderem aus, er korrigiere mit seiner Entscheidung lediglich eine unerlaubte Handlung, die er vor ihrer Begehung hätte verbieten können.²⁾

Mit Ausnahme der Entscheidung in *Luganda v. Service Hotels*³⁾ gehören alle zum einstweiligen Rechtsschutz durch mandatory injunction erörterten Fälle dem law of torts an. Aber auch im Vertragsrecht greift der einstweilige Rechtsschutz durch Leistungsverfügung nur ein, wenn die Beendigung des Vertragsverhältnisses streitig ist, und eine der Vertragsparteien zu unerlaubter Selbsthilfe schreitet.⁴⁾ Fehlt dieses Element

¹⁾ (1973) 3 All ER 1057 QBD.

²⁾ Bridge J. in *Esso Petroleum v. Kingswood Motors* (1973) 3 All ER 1057 QBD 1069 E: "I am asked to enforce the personal liability incurred by a tortfeasor to undo the consequences of his tort which could have been restrained before it was committed."

³⁾ (1969) 2 All ER 692 CA.

⁴⁾ *Thompson v. Park* (1944) 1 KB 408 CA 409; *Canadian Pacific v. Gaud* (1949) 2 KB 239 CA.

treuwidrigen Verhaltens, so ist das Gericht eher geneigt, einstweiligen Rechtsschutz durch mandatory injunction zu versagen.¹⁾

Im Übrigen sind die Gerichte bei der Durchsetzung vertraglicher Leistungspflichten im Wege einstweiligen Rechtsschutzes äußerst zurückhaltend. Zwar heißt es bei Halsbury²⁾ unter Berufung auf die Entscheidung Morris v. Grant,³⁾ bei eindeutiger Vertragsverletzung könne auch einstweiliger Rechtsschutz durch mandatory injunction gewährt werden; diese Aussage wurde von Megarry J. in Shepherd Homes v. Sandham⁴⁾ jedoch ausdrücklich als zu weit abgelehnt.

Als einziger Sonderfall zur Durchsetzung vertraglicher Leistungspflichten im Wege einstweiligen Rechtsschutzes durch mandatory injunction ist die Entscheidung Comet Radiovision Services v. Farnell Tandberg⁵⁾ zu erwähnen. In diesem Fall verfügte das Gericht, daß die Beklagte bis zur endgültigen Entscheidung über den Rechtsstreit, der Klägerin Waren zu liefern habe. Nach Auffassung des Gerichts ergab sich diese Rechtsfolge jedoch eindeutig aus den Bestimmungen des Resale Prices Act, 1964,⁶⁾ so daß die allgemeinen Regeln zum einstweiligen Rechts-

1) So etwa in Shepherd Homes v. Sandham (1970) 3 All ER 402 ChD; Hounslow v. Twickenham Garage (1970) 3 All ER 326 ChD.

2) 21 Halsbury 774.

3) (1875) 24 W.R. 55.

4) (1970) 3 All ER 402 ChD 412 D.

5) (1971) 3 All ER 230 ChD.

6) Sec. 2 (1) und sec. 4.

schutz durch injunction keine Anwendung fanden.¹⁾

Zusammenfassend läßt sich daher feststellen, daß der einstweilige Rechtsschutz durch mandatory injunction auf wenige Ausnahmefälle beschränkt ist, in denen der Sicherungszweck der Verbotsverfügung durch den Beklagten oder einen Dritten treu- oder rechtswidrig vereitelt wurde. Dies gilt auch für das Vertragsrecht; darüberhinaus gewährt das Gericht keinen einstweiligen Rechtsschutz zur Durchsetzung vertraglicher Leistungspflichten. Auch wo die Kriterien für den Erlaß einer vorläufigen Leistungsverfügung erfüllt sind, zeigt sich das Unbehagen der Gerichte an dieser Form einstweiligen Rechtsschutzes etwa in der zusätzlichen Anordnung eines beschleunigten Klageverfahrens.²⁾

-
- ¹⁾ Goulding J. in *Comet Radiovision Services v. Farnell-Tandberg* (1971) 3 All ER 230 ChD 235 E:
"...if the Act is susceptible of interlocutory enforcement at all... any injunction will be of mandatory effect, and indeed the whole scheme of the Act...seems to me to take one rather out of the ordinary sphere in which injunctions operate."
- ²⁾ So in *Luganda v. Service Hotels* (1969) 2 All ER 692 CA 696 A; vgl. ferner § 9.

§ 7 Einstweiliger Rechtsschutz durch die quia timet injunction

Der einstweilige Rechtsschutz durch die interlocutory injunction hat in aller Regel zum Ziel, das Fortwirken oder die Wiederholung einer behaupteten Rechtsverletzung zu untersagen, oder, wie im Falle der mandatory injunction, deren Folgen zu beseitigen. Als vorbeugende Maßnahme gegen drohende Rechtsbeeinträchtigung greift die quia timet injunction ein, die im Klageverfahren sowohl auf Unterlassung als auch auf Leistung¹⁾ gerichtet sein kann.²⁾ Im vorläufigen Verfahren hingegen ist die quia timet injunction, wie die Praxis zeigt, auf die Verbotsverfügung beschränkt.

Der Grund für die Unterscheidung der quia timet injunction von den übrigen Formen der injunction ist nicht allein die besondere Schwierigkeit, die der Nachweis einer drohenden Rechtsverletzung mit sich bringt, sondern vor allem die Tatsache, daß der quia timet injunction als einer equitable remedy³⁾ keine Alternativ-Rechtsschutzmöglichkeit im common law gegenübersteht.⁴⁾ Damit konnte die quia timet injunction nicht als subsidiärer Rechtsbehelf gegenüber der

¹⁾ Eine mandatory injunction quia timet (vorbeugende Beseitigungsklage) war Gegenstand der Entscheidung des House of Lords in Redland Bricks v. Morris (1969) 2 All ER 576; dabei ging es u.a. um vorbeugende Maßnahmen, die das drohende Abrutschen des Nachbargrundstücks verhindern sollten.

²⁾ Die quia timet injunction ist ebenfalls ein Rechtsschutzinstitut, das die Equity-Gerichte entwickelt haben, "to prevent the jurisdiction of the courts being stultified." (Lord Upjohn in Redland Bricks v. Morris (1969) 2 All ER 576 HL 578 H.

³⁾ S.o. Fn. 2.

⁴⁾ Lord Upjohn in Redland Bricks v. Morris (1969) 2 All ER 576 HL 578 I: "...the suppliant for such an injunction is without any remedy at law."

...Rechtsklage verstanden werden, so daß vor allem die Möglichkeit entfiel, statt einer injunction, der Kläger auf einen Schadensersatzanspruch zu verweisen. Diese Rechtslage wurde jedoch durch den Chancery Amendment Act, 1853¹⁾ geändert, so daß das Gericht nun auch anstelle einer quia timet injunction Schadensersatz zusprechen kann (damages in lieu of an injunction), ohne daß weder ein Schaden noch eine Rechtsverletzung vorliegen.²⁾

Das Problem des Nachweises einer drohenden Rechtsverletzung stellt sich im Klageverfahren ebenso wie in einstweiligen Rechtsschutz. Den Kläger trifft die Darlegungs- und Beweislast³⁾ dafür, daß die Rechtsverletzung ohne Eingreifen des Gerichts mit großer Wahrscheinlichkeit eintreten würde,⁴⁾ wobei die Auffassung eines vernünftigen Fachmannes maßgebend ist.⁵⁾ Gerade im Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes kann das Gericht trotz Vorliegens der Voraussetzungen von Erlass einer quia timet injunction absehen, wenn der Beklagte ein Versprechen abgibt, die gefürchtete Handlung nicht fortzusetzen oder ihrer Ausführung anzuzeigen,⁶⁾ oder

¹⁾ Sec. 2; das Gesetz wird auch als Lord Cairn's Act bezeichnet.

²⁾ Der Chancery Amendment Act, 1853 wurde zwar durch den Statute Law Revision Act, 1893 (s. 3) aufgehoben; hinsichtlich der quia timet injunction blieb es jedoch bei der alten Rechtslage (so die Entscheidung des House of Lords in Leeds Industrial Co-operative Society v. Slack (1924) A.C. 951 HL 961.
³⁾ A.-G. v. Corporation of Manchester (1893) 2 Ch. 87 ChD 93.

⁴⁾ Jessel MR. in Pattison v. Gilford (1874) L.R. 18 Eq. 259, 264: "...there must be such a great probability, that ...the injury would follow."

⁵⁾ Chitty J. in Phillips v. Thomas (1890) 62 L.T. 793, 795.

⁶⁾ Dazu § 11.

⁷⁾ So Lord Cowley v. Byas (1877) 5 Ch.D. 944 CA.

aber bis zum Urteil im Klageverfahren zu unterlassen.¹⁾

Hauptanwendungsbereich der quia timet injunction im einstweiligen Rechtsschutz ist das law of torts: Der Kläger befürchtet die Störung seiner Fernsehübertragungen durch den Bau von Hochspannungsleitungen,²⁾ oder er wendet sich gegen die geplante Errichtung eines Pockenhospital³⁾ oder Friedhofs.⁴⁾ Diese Fälle sind nicht unbedingt schon mit dem vorläufigen Verfahren abgeschlossen; das Gericht behält sich häufig vor, im Klageverfahren, nach umfassender Beweiswürdigung, die endgültige Entscheidung zu treffen.⁵⁾ Andere Fälle jedoch werden im vorläufigen quia timet Verfahren endgültig entschieden, weil sich das nachfolgende Hauptsacheverfahren meist erledigt hat:⁶⁾ So etwa wenn der Kläger die geplante Veröffentlichung eines angeblich verleumderischen Artikels zu verhindern sucht,⁷⁾ oder sich gegen die Androhung von Streikposten wendet.⁸⁾

Die quia timet injunction findet nicht zuletzt auch

¹⁾ Bridlington Relay v. Yorkshire Electricity Board (1965) 1 All ER 264 ChD.

²⁾ Siehe Fn. 1.

³⁾ A.-G. v. Corporation of Manchester (1893) 2 Ch. 87 ChD.

⁴⁾ Lord Cowley v. Byas (1877) 5 Ch.D. 944 CA.

⁵⁾ Chitty J. in A.-G. v. Corporation of Manchester (1893) 2 Ch. 87 ChD 95: "It is seldom advisable in a case of this sort to submit conflicting evidence to any critical examination on a motion."

⁶⁾ Lord Denning weist in *Fellowes v. Fisher* (1975) 2 All ER 829 CA 837 A, B u.a. auf die in Fn. 7 und 8 zitierten Entscheidungen hin.

⁷⁾ *Fraser v. Evans* (1969) 1 All ER 8 CA.

⁸⁾ *Torquay Hotel Co. v. Cousins* (1969) 1 All ER 522 CA.

in Fällen sogenannter anticipated litigation¹⁾ Anwendung. In der Berufungsentscheidung Bryanston Finance v. de Vries²⁾ etwa hatte der Kläger im Wege einstweiligen Rechtsschutzes durch quia timet injunction den Beklagten, einen Minderheitsaktionär, daran hindern wollen, einen Liquidationsantrag (petition to wind up company) beim Companies Court einzureichen.

Da die quia timet injunction im einstweiligen Rechtsschutz nur in Form der Verbotsverfügung ergeht, stimmen die weiteren Voraussetzungen für ihren Erlass mit denen der interlocutory prohibitory injunction überein.

¹⁾ mit Bestimmtheit zu erwartender Prozeßführung; zu dieser jurisdiction des High Court siehe § 4, S. 49.
²⁾ (1976) 1 All ER 25 CA.

Zusammenfassung 2. Kapitel

Nach ihrem Inhalt werden verbots- (prohibitory) und Leistungsverfügungen (mandatory injunctions) unterschieden.

Grundform einstweiligen Rechtsschutzes ist die prohibitory injunction, die "as of course" angeordnet wird; größer ist der Ermessensspielraum des Gerichts bei der Entscheidung über Erlaß oder Ablehnung einer mandatory injunction.

Der einstweilige Rechtsschutz durch prohibitory injunction ist im Vertragsrecht auf die Durchsetzung von Unterlassungsversprechen (negative covenants) beschränkt. Im Individualarbeitsrecht gilt dies nur bei ausdrücklicher Vereinbarung solcher Unterlassungspflichten; in Grenzfällen kann das Gericht einstweiligen Rechtsschutz durch prohibitory injunction ablehnen, wenn die Erzwingung von Unterlassungspflichten praktisch die Erfüllung der vertraglichen Leistungspflichten bewirken würde.

Die Verbotsverfügung dient ferner der einstweiligen Regelung streitiger Rechtsverhältnisse, wobei dem Beklagten für die Dauer des Rechtsstreites untersagt wird, den angefochtenen Beschluß oder eine Kündigung zu vollziehen.

Durch prohibitory injunction kann schließlich ein Arrest zur vorläufigen Sicherung einer Geldforderung verfügt werden.

Der einstweilige Rechtsschutz durch mandatory injunction beschränkt sich in der Regel auf wenige Ausnahmefälle, in denen der Sicherungszweck der prohibitory injunction durch den Beklagten oder einen Dritten treu- oder rechtswidrig vereitelt wurde. Vertragliche Leistungspflichten werden im allgemeinen nicht im vorläufigen Verfahren erzwungen.

Vorbeugender Rechtsschutz wird durch die quia timet injunction gewährleistet, wenn eine Rechtsverletzung ohne Eingreifen des Gerichts mit großer Wahrscheinlichkeit eintreten würde.

Im einstweiligen Rechtsschutz ergeht die quia timet injunction nur als Verbotsverfügung. Anwendungsbereich ist das law of torts.

Die Vorläufigkeit aller injunctions ergibt sich aus dem Zusatz: "Until after judgment or further order."

3. Kapitel

Die verfahrensrechtliche Ausgestaltung des vorläufigen Rechtsschutzes durch die interlocutory injunction

Da im englischen Recht das materielle Recht (substantive law) in weit stärkerem Maße als in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen vom Prozeßrecht beeinflusst wird,¹⁾ hat das Verfahrensrecht vorrangige Bedeutung.

§ 8 Der Antrag auf Erlaß einer interlocutory injunction

I Zuständigkeitsfragen

Einstweiligen Rechtsschutz durch interlocutory injunction können sowohl der High Court,²⁾ als auch die County Courts anordnen. Die sachliche Zuständigkeit der County Courts ist jedoch erheblich eingeschränkt und daher von untergeordneter Bedeutung: County Courts können eine injunction nicht nach freiem Ermessen, sondern nur im Zusammenhang mit einer Zahlungsklage³⁾ oder einer anderen Rechtsschutzmöglichkeit ihrer jurisdiction anordnen,⁴⁾ so daß insoweit die Zuständigkeit des County Court nur durch eine Verbindung von Unterlassungs- und Schadensersatzklage herbeigeführt werden kann.⁵⁾

¹⁾ Schmitthoff, S. 38.

²⁾ Judicature Act, 1925, s. 45; der High Court ist örtlich zuständig für England; seine sachliche Zuständigkeit ist nahezu unbeschränkt (vgl. Langan, S. 3; Walker, S. 160).

³⁾ Streitwert bis £ 750: County Courts Act, 1959, s. 39 (1) i.V.m. Administration of Justice Act, 1969 ss. 1, 2.

⁴⁾ County Courts Act, 1959, ss. 74, 75 i.V.m. Administration of Justice Act, 1969, s. 6.

⁵⁾ Wobei die Forderung von nominal damages ausreicht; vgl. Walker, S. 314.

Die Mehrzahl der Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz geht daher beim High Court of Justice ein. Grundsätzlich ist zwar jede Abteilung des High Court¹⁾ gleichermaßen sachlich zuständig;²⁾ die besondere fachliche Qualifikation der Chancery Richter³⁾ begünstigt jedoch eine gewisse Präferenz der Chancery - Division für den Rechtsschutz durch injunctions, so daß gelegentlich auch solche Verfahren, im Einvernehmen mit den Beteiligten, von der Queens Bench Division abgegeben werden.⁴⁾

Oggleich alle vorläufigen Verfahrensangelegenheiten (interlocutory matters) von den masters⁵⁾ entschieden werden, ist für die Anordnung einstweiligen Rechtsschutzes der Richter zuständig,⁶⁾ weil injunctions durch Haft vollstreckt werden.⁷⁾

Die interlocutory injunction kann grundsätzlich nach Rechtshängigkeit einer Streitsache beim High Court von jedem der Verfahrensbeteiligten beantragt werden.⁸⁾

¹⁾ S.o. S. 46 Fn. 2.

²⁾ Eine sachliche Zuständigkeitsabgrenzung ist jedenfalls hinsichtlich der 1875 übernommenen Gerichtsbarkeiten (inherent jurisdictions) unbekannt (vgl. Walker, S. 160).

³⁾ Die grundsätzlich auch aus der Reihe der Equity-praktizierenden Barrister ernannt werden (dazu

⁴⁾ Walker, S. 161 und die Ausführungen in § 4 46 Fn. 3). So etwa in Beese v. Woodhouse (1970) 1 All ER 769 CA 770.

⁵⁾ Dazu Bunge, Richterpersonal a.a.O.

⁶⁾ R.S.C. O. 32 r. 11 (1), es sei denn die Verfahrensbeteiligten hätten sich über den Inhalt der Verfügung geeinigt; R.S.C. O. 32 r. 11 (2).

⁷⁾ Diamond, S. 512.

⁸⁾ R.S.C. O. 29 r. 1 (1)(3); der Beklagte erst nach seiner Einlassung; So Carter v. Fey (1894) 2 Ch. 541 CA 543; Collison v. Warren (1901) 1 Ch. 812 CA 814. Auch während des Berufungsverfahrens kann erstmals einstweiliger Rechtsschutz gewährt werden; Orion Property Trust v. Du Cane Court (1962) 3 All ER 466 ChD.

In der Queens Bench Division ist ein solcher Antrag in Form des summons¹⁾ jederzeit möglich, während in der Chancery Division der Antrag durch motion²⁾ nur an bestimmten Tagen (motion days³⁾ gestellt werden kann.

In Eilfällen kann das Gericht auch schon vor Klageerhebung auf Antrag des Klägers eine interlocutory injunction anordnen, wobei der Beschluß auch Art und Inhalt der noch einzureichenden Klage bestimmen kann.⁴⁾

Dem Antragsgegner wird in all diesen Fällen grundsätzlich rechtliches Gehör gewährt (notice for hearing), wobei die Bekanntgabe des Antrags entweder mit Zustellung der Hauptsacheklage oder unter Bewilligung kürzerer Fristen,⁵⁾ gesondert erfolgen kann.

II Ex parte injunction und interim order

Noch rascheren Rechtsschutz⁶⁾ erlangt der Kläger, der nicht die Ladungsfristen abwarten kann, durch eine ex parte injunction.⁷⁾ Eine solche Anordnung trifft

¹⁾ Supreme Court Practice 1970, 29/1/16.

²⁾ In öffentlicher Verhandlung (viva voce in open court).

³⁾ Dienstags und Freitags; vgl. Langan, S. 332.

⁴⁾ R.S.C. O. 29 r. 1 (3); die Anordnung lautet dann: "In the matter of an intended action between A and B"; siehe etwa L.v.L. (1969) 1 All ER 852 PDA.

⁵⁾ Leave to serve short notice kann nur ein Richter gewähren, wobei mindestens 2 volle Tage zwischen Zustellung und dem hearing liegen müssen (R.S.C. O. 8 r. 2 (2); O. 28 rr. 2 und 3); Sonntage, Weihnachten und Karfreitag nicht eingerechnet (R.S.C. O. 3 r. 2).

⁶⁾ Innerhalb von 3 Stunden nachdem sich der Kläger dazu entschlossen hat; vgl. Davies/ Anderman, S.217 Fn. 18.

⁷⁾ R.S.C. O. 29 r. 1 (2); der Beklagte kann eine ex parte injunction nicht beantragen (Daw v. Herring (1891) 35 S.J. 752.

das Gericht jedoch nur in Fällen zwingender Notwendigkeit,¹⁾ insbesondere dann, wenn es zu der Überzeugung gelangt, daß bei normalem Verfahrensablauf irreparabler Schaden entstehen könnte.²⁾

Da die ex parte injunction einseitig, nur nach Anhörung des Klägers ergeht, gilt als wesentliche Voraussetzung für das Rechtsschutzbegehren die "doctrine of uberrimae fidei".³⁾ Danach ist der Kläger verpflichtet, seinen Fall dem Gericht vollständig und fair darzulegen und alle wesentlichen Tatsachen zu offenbaren.⁴⁾ Eine Verletzung dieser erhöhten Sorgfaltspflichten wird regelmäßig nach Anhörung des Beklagten evident und hat dann, ohne weitere materiellrechtliche Prüfung, die sofortige Aufhebung des Beschlusses zur Folge.⁵⁾

Schließlich muß sich die besondere Dringlichkeit des Rechtsschutzbegehrens aus dem Antrag selbst ergeben. Der Kläger hat insoweit glaubhaft darzulegen, zu welchem Zeitpunkt er das erste Mal die drohende oder bereits eingetretene Rechtsverletzung wahrgenommen hat,⁶⁾ denn nur ein sofortiger Antrag kann

-
- 1) Megarry J. in *London City Agency v. Lee* (1969) 3 All ER 1376 ChD 1377 E: "The court will grant an injunction on an ex parte application if a case of sufficient cogency is made..."
 - 2) *London and County Banking Co. v. Lewis* (1892) 61 ChD 490 CA 491; *Lloyds Bank v. Marquay Upper Navigation Co.* (1905) 2 K.B. 359 CA 362 ff.
 - 3) Davies LJ. in *Beese v. Woodhouse* (1970) 1 All ER 769 CA 771 H.
 - 4) *Dalglish v. Dalglish* (1850) 2 Mac. & G. 231, 243; *R. v. Kensington Income Tax Comrs., ex parte Princess de Polignac* (1917) 1 K.B. 486 CA 502, 508, 514.
 - 5) *Forde v. Gill* (1891) 64 L.T. 842; Scrutton LJ. nimmt dabei in der de Polignac-Fall (vgl. Fn. 4) ausdrücklich in Kauf, "that the applicant loses her remedy." (a.a.O. S. 519)
 - 6) 21 Halsbury 873 K.

ex parte Erfolg haben.¹⁾ Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so wird das Gericht erst nach Anhörung des Beklagten über den Antrag entscheiden.²⁾

Die ex parte injunction ist grundsätzlich befristet:³⁾ In der Queens Bench Division wird sie in der Regel für den Zeitraum von 5 Tagen und in der Chancery Division bis zum nächsten motion day gewährt.⁴⁾ In der Zwischenzeit kann der Antragsteller durch summons oder notice of motion die Anhörung des Antragsgegners in die Wege leiten, um so eine Verlängerung der injunction bis zur Hauptsacheentscheidung zu erwirken; unternimmt er nichts, so wird die Verfügung mit Zeitablauf gegenstandslos, ohne daß ein Aufhebungsantrag des Antragsgegners erforderlich wäre.⁵⁾ In der ex parte Entscheidung selbst wird es dem Antragsgegner allerdings häufig freigestellt, bereits zu einem früheren Zeitpunkt die Aufhebung (dissolution) der injunction zu beantragen. Ein solcher Aufhebungsbe- kann auch nach Anhörung nur des Antragsgegners, also wiederum ex parte, ergehen.⁶⁾

Die ex parte injunction ist praktisch keiner Rechtskraft fähig, so daß das Gericht seine Entscheidung

¹⁾ Supreme Court Practice 29/1/18.

²⁾ 21 Halsbury 873 l.

³⁾ Ansah v. Ansah (1977) 2 All ER 638 CA 642 F.

⁴⁾ S.o. S. 77 Fn. 3.

⁵⁾ Ein entsprechender Antrag wurde in Bolton v. London School Board (1878) 7 Ch.D. 766, 771 kostenpflichtig abgewiesen.

⁶⁾ Megarry J. in London City Agency v. Lee (1969) 3 All ER 1376 ChD 1377 weicht insoweit ausdrücklich von der gegenteiligen Auffassung in 21 Halsbury 926 b ab.

auch ohne neue Tatsachen oder Beweismittel jederzeit aufheben kann, wenn dies aufgrund einer genaueren Überprüfung der Rechtslage gerechtfertigt erscheint. Diese verfahrensrechtliche Flexibilität ist nach Auffassung Kerr's¹⁾ erforderlich, angesichts der häufigen und übereilten Anordnung einseitiger Verfügungen, aber auch wegen der einschneidenden Contempt-Sanktion im Falle der Mißachtung einer injunction.²⁾

Nach Auffassung des Court of Appeal in *Graham v. Campbell*³⁾ sollte für den Fall, daß die Anwälte oder das Gericht gehindert seien, die Parteien anzuhören, eine abgelaufene (expired) ex parte injunction nicht nochmals ex parte erneuert werden.⁴⁾ Diese Rechtsprechung, die dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs Vorrang vor dem Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers einräumte, hat der Court of Appeal in seiner neueren Entscheidung *Beese v. Woodhouse* jedoch als veraltet aufgegeben.⁵⁾

1) In *R.D. Harbottle v. National Westminster Bank* (1977) 2 All ER 862 QBD 871 E: "Injunctions, as here, are frequently granted ex parte on the basis of hurried applications against persons before before they have any notice of the application... When the matter then comes back before the court to continue the order and can be fully considered and at greater leisure, why should the court not have inherent jurisdiction to discharge its prior discretionary order if it appears to it right to do so...? and when disobedience to the order is a contempt of court."

2) Siehe § 12.

3) (1878) 7 Ch.D. 490 CA.

4) *Graham v. Campbell* (1878) 7 Ch.D. 490 CA 493.

5) (1970) 1 All ER 769 CA 773 A (Sachs LJ.): "That passage, however, appears to lay down an absolute rule that clearly does not represent the modern practice of the courts."

Gelegentlich erläßt das Gericht statt einer ex parte injunction eine interim order gleichen Inhalts,¹⁾ wenn dem Antragsgegner der Antrag bereits zugestellt war, dieser aber noch keine Gelegenheit zur Stellungnahme hatte.²⁾

Häufig entscheidet das Gericht auch nur formal über einen ex parte Antrag, weil der eigentliche Antragsgegner, ohne daß die prozeßrechtlichen Voraussetzungen vorliegen, an der mündlichen Verhandlung teilnimmt und so das Gericht bei der Wahrheitsfindung unterstützt.³⁾ Auch diese, erst in letzter Zeit aufgekommene prozessuale Besonderheit einer "opposed ex parte motion",⁴⁾ die von Russell LJ. als "the modern and very sensible practice"⁵⁾ bezeichnet wird, zeigt, daß der einstweilige Rechtsschutz in Form einseitiger Verfügungen eine Ausnahme darstellt.

Aus allen bereits angeführten Entscheidungen ergibt sich, daß die ex parte injunction in aller Regel

-
- ¹⁾ Die Begriffe werden nicht immer klar unterschieden, wie etwa in Bolton v. London School Board (1878) 7 Ch.D. 766, 771.
 - ²⁾ Dies scheint der einzige Unterschied zu sein; so jedenfalls Jessel MR. in Fenwick v. East London Railway (1875) L.R. 20 Eq. 544 CA 547; a.A. 21 Halsbury 866 t, wonach bei der ex parte injunction, im Gegensatz zur interim order, der Gegner Aufhebung beantragen muß. Dem widerspricht Bolton v. London School Board (1878) 7 Ch.D. 766; s.o. S. 79.
 - ³⁾ Pickwick v. Multiple Sound Distributors (1972) 3 All ER 384 ChD 384 J; London City Agency (JCD) v. Lee (1969) 3 All ER 1376 ChD 1376 F; Beese v. Woodhouse (1970) 1 All ER 769 CA 773 A.
 - ⁴⁾ Megarry J. in Pickwick v. Multiple Sound Distributors (1972) 3 All ER 384 ChD 385 A.
 - ⁵⁾ Zitiert im Pickwick-Fall a.a.O. Fn. 4 S. 385 H.

als Verbotsverfügung ergeht. In jüngster Zeit sind jedoch gerade im Bereich des Arbeitskampfrechts drei mandatory injunctions ex parte ergangen.¹⁾ Nach Halsbury²⁾ soll dies auch möglich sein; jedenfalls existiert kein Rechtsgrundsatz, wonach die ex parte injunction auf Verbotsverfügungen beschränkt ist.³⁾ Diese Form einstweiliger Verfügungen hat jedoch Ausnahmecharakter.⁴⁾

Zusammenfassend bleibt festzustellen, daß der Grundsatz rechtlichen Gehörs im einstweiligen Rechtsschutz durch die interlocutory injunction weitgehend beachtet wird. Die strengeren Anforderungen an den ex parte Antrag, die Befristung der ex parte injunction und die Sanktionen für entsprechende Pflichtverletzungen des Klägers, sind ausreichende Gewähr dafür, daß die Durchbrechung dieses Grundsatzes nicht zu einem Mißbrauch der Gerichte führt. Im Übrigen nähert sich die neuere Entwicklung der ex parte injunction mit der "opposed ex parte motion" dem Ideal des zweiseitigen Verfahrens.

¹⁾ Davies/Anderman, S. 226.

²⁾ 21 Halsbury 774 F unter Berufung auf die sehr alte Entscheidung A.-G. v. Nichol (1809) 3 Mer. 687; die im Nachtrag hierzu aufgeführte Entscheidung Luganda v. Service Hotels (1669) 2 All ER 692 CA ist jedoch keine ex parte Verfügung. Die beiden ex parte Verfügungen in Anton Piller v. Manufacturing Processes (1976) 1 All ER 779 CA und Universal City v. Mukhtar (1976) 2 All ER 330 ChD waren nicht auf Befriedigung der Kläger gerichtet, sondern dienten erstmals der Durchführung eines Beweissicherungsverfahrens.

³⁾ A.A. wohl Kiralfy, S. 231 Fn. 11 unter unzutreffender Berufung auf Shepherd Homes v. Sandham (1970) 3 All ER 402 ChD.

⁴⁾ Der Court of Appeal bezeichnet sie als "a very odd procedure." Vgl. Boston Deep Sea Fisheries v. T.G. W.U. The Times 12.3.1970 und Davies/Anderman, S. 227, die für ein grundsätzliches Verbot plädieren.

§ 9 Die Beweisführung im vorläufigen Verfahren

Im englischen Zivilprozeß, dem Hauptsacheverfahren (trial), gilt der Grundsatz der absoluten Mündlichkeit der Beweisaufnahme,¹⁾ während im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes geringere Anforderungen an die Beweisführung gestellt werden. Es genügt insoweit, wie auch sonst im Stadium des zivilprozessualen Vorverfahrens (pre-trial proceedings²⁾ die Glaubhaftmachung in Form von affidavits.³⁾

Affidavits werden im allgemeinen von den Verfahrensbeteiligten, können aber auch von jeder anderen Person, insbesondere auch von Sachverständigen,⁴⁾ abgelegt werden, wobei affidavits zu ex parte Anträgen besonders strenge Voraussetzungen erfüllen müssen.⁵⁾

In der Chancery Division sind alle affidavits vor der Verhandlung über die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes ordnungsgemäß einzureichen (filing of affidavits⁶⁾), während sie in der Queens Bench Division gewöhnlich im Laufe der Verhandlung vorgelegt, verlesen und anschließend zu den Akten genommen werden.⁷⁾

¹⁾ Cross, S. 184.

²⁾ Dazu Bunge, Zivilprozeß, S. 100 f.

³⁾ Eine schriftliche Erklärung, die beschworen wird. Die Bezeichnung eidesstattliche Versicherung wäre ungenau, da affidavits, im Gegensatz zur Glaubhaftmachung nach § 294 Abs. 1 ZPO, im vorläufigen Verfahren nicht auf tatsächliche Behauptungen beschränkt sind, sondern auch Ansichten enthalten können (R.S.C. O. 41 r. 5 (2) "Statements of information and belief"). Im weiteren wird daher von einer Übersetzung des Begriffs abgesehen.

⁴⁾ R.S.C. O. 38 r. 4; das Gericht kann den Umfang dieser Beweisführung einschränken.

⁵⁾ S.O. § 8 II, S. 78.

⁶⁾ Anders als in der QBD bereitet sich der Richter in der ChD auf das Verfahren vor; siehe Henkel, S. 52.

⁷⁾ 21 Halsbury 873.

Nach Eröffnung der Verhandlung in der Chancery Division, ist das Vorbringen weiterer Beweise, ohne besondere und auf Ausnahmefälle beschränkte Zustimmung des Gerichts, unzulässig;¹⁾ dies gilt auch dann, wenn die Verhandlung bis zur Hauptsacheentscheidung ausgesetzt ist.²⁾ In der Berufung wiederum können neue Beweise vorgebracht werden.³⁾

Auf Antrag jedes Verfahrensbeteiligten kann das Gericht die Person, die das affidavit abgelegt hat, zum Kreuzverhör (cross-examination) laden.⁴⁾ Wird dieser Anordnung nicht gefolgt, so ist das entsprechende affidavit nicht als Beweismittel zugelassen.⁵⁾ Eine Übertriebene Anwendung dieser Befugnis würde jedoch das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zu sehr belasten und damit seinen eigentlichen Zweck, schnellen Rechtsschutz zu gewähren, gefährden.⁶⁾ Das Gericht ist daher nicht nur in seiner Beweiswürdigung sondern auch bei der Beweiserhebung, frei (discretionary power as to evidence), so daß derartige Beweisangebote zurückgewiesen werden können, wenn sie als überflüssig oder verzögerlich erscheinen.⁷⁾

Ein anderer Aspekt dieser Ermessensfreiheit ist die Befugnis, anstelle einer interlocutory injunction,

¹⁾ 21 Halsbury 876; Kerr, S. 640.

²⁾ Singer v. Audeley (1872) L.R. 13 Eq. 401 ChD 405.

³⁾ R.S.C. O. 59 r. 4; siehe ferner § 10.

⁴⁾ Jedoch nur hinsichtlich der entscheidungserheblichen Tatsachen; vgl. 15 Halsbury 834.

⁵⁾ R.S.C. O. 38 r. 2 (3); das Gericht kann jedoch eine Ausnahme bewilligen.

⁶⁾ Tatsächlich wird davon auch selten Gebrauch gemacht; vgl. Davies/Anderman, S. 217.

⁷⁾ 21 Halsbury 875; Kerr, S. 641.

ohne weitere materiellrechtliche Prüfung, ein beschleunigtes Hauptsacheverfahren anzuordnen (order for an early trial¹⁾); eine Maßnahme, die sich bei umfangreichem Beweisangebot durchaus als geeigneter empfehlen kann,²⁾ wenngleich sie wegen verwaltungstechnischer Schwierigkeiten als nicht sehr praktikabel angesehen wird.³⁾ Ebenso kann eine beschleunigte Berufung im Eilverfahren (appeal advanced) angeordnet werden.⁴⁾

Ergibt sich aufgrund der im vorläufigen Verfahren präsenten Beweismittel bereits ein klares Bild oder sind nur Rechtsfragen zu entscheiden, so können die Verfahrensbeteiligten Übereinstimmend das Eilverfahren als Hauptsacheverfahren behandeln.⁵⁾ In diesem Fall ergeht im einstweiligen Rechtsschutz kraft Parteiwillens eine endgültige, unbeschränkter Rechtskraft fähige Entscheidung.⁶⁾ Eine weitergehende Befugnis des Court of Appeal, im einstweiligen Verfahren unter Fristsetzung weitere Beweise anzufordern, um danach eine endgültige Entscheidung zu treffen, wurde im letzten Jahrhundert aufgehoben.⁷⁾

¹⁾ R.S.C. O. 29 r. 5; eine solche Anordnung, auch als "speedy trial" bezeichnet, kann auch zusätzlich zur interlocutory injunction getroffen werden, wie in *Luganda v. Service Hotels* (1969) 2 All ER 692 CA 696 A; *Harman Pictures v. Osborne* (1967) 2 All ER 324 ChD 337.

²⁾ *Edge v. Nicholls* (1911) 1 Ch. 5 CA 9; in diesem Verfahren hatte der Kläger 183 affidavits eingebracht, um eine interlocutory injunction wegen angeblicher Patentverletzung zu erhalten. Cozens-Hardy MR. bezeichnete dieses Verhalten obiter als groben Mißbrauch des Gerichts.

³⁾ *Sturge*, S. 108.

⁴⁾ *Lazenby v. White* (1870) 6 Ch. 89; *Kerly*, Rdz. 687.

⁵⁾ *Kerr*, S. 646; *Lawson*, S. 220; *Pettit*, S. 400; ferner s.o., S. 62 Fn. 6.

⁶⁾ *British Oxygen v. Liquid Air* (1925) 1 Ch. 383, 384; *Stafford Borough Council v. Elkenford* (1977) 2 All ER 519 ChD 519 G.

⁷⁾ *Cotton LJ. in Newson v. Pender* (1884) 27 Ch.D. 43 CA 59.

§ 10 Rechtsbehelfe und Umfang der Prüfungskompetenz im vorläufigen Verfahren

Der Kläger kann sich gegen die Ablehnung einer interlocutory injunction mit der Berufung zum Court of Appeal wenden.¹⁾ Bei der Ablehnung einer ex parte injunction beträgt die Rechtsmittelfrist 7 Tage vom Zeitpunkt der Entscheidung an;²⁾ in den übrigen Fällen eines ablehnenden Bescheids 14 Tage.³⁾

Der Beklagte hingegen hat zwei Möglichkeiten die Aufhebung einer ex parte injunction zu erreichen: Die Berufung zum Court of Appeal oder einen Antrag auf Aufhebung der Verfügung (application for the discharge of the injunction) durch motion oder summons vor dem Einzelrichter in erster Instanz.⁴⁾ Gegenüber der Berufung, die auf sehr eilige Ausnahmefälle beschränkt werden sollte, ist der Aufhebungsantrag der geeignetere Rechtsbehelf,⁵⁾ weil er zu einer ausgewogenen Beurteilung des streitigen Falles führt, während in der Berufung nur die Rechtmäßigkeit der ex parte Anordnung überprüft wird.⁶⁾ Im Übrigen führt der auf Verlängerung der injunction gerichtete Antrag des Klägers dazu, daß bei gleichzeitiger Berufung durch den Beklagten, sowohl dem Court of Appeal als auch dem Einzelrichter der gleiche

¹⁾ Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act, 1925, s. 31 (1) (i)(ii); für die interlocutory injunction ist die grundsätzliche Rechtsmittelbeschränkung bei Zwischenverfügungen aufgehoben.

²⁾ R.S.C. O. 59 r. 14 (3).

³⁾ R.S.C. O. 59 r. 4 (1)(a); in beiden Fällen kann Fristverlängerung nach R.S.C. O. 3 r. 5 und O. 59 r. 15 gewährt werden.

⁴⁾ S.O. § 8 S. 76 f.

⁵⁾ Evershed MR. in Harper v. Home Secretary (1955) 1 All ER 331 CA 334 B.

⁶⁾ Siehe Fn. 5.

Sachverhalt zur Beurteilung vorliegt. In einem solchen Fall ist der Court of Appeal daher eher geneigt, die Berufung zurückzuweisen, um nicht in irgendeiner Weise die Entscheidung des Einzelrichters zu präjudizieren.¹⁾

Auch gegenüber der inter partes angeordneten interlocutory injunction hat der Beklagte die Wahl zwischen zwei Rechtsbehelfsmöglichkeiten: Die auf Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Anordnung gerichtete Berufung zum Court of Appeal²⁾ und der Aufhebungsantrag (application for dissolution) in erster Instanz. Gegenstand des Aufhebungsverfahrens ist die Rechtmäßigkeit der Fortdauer der interlocutory injunction.³⁾ Der Antrag kann jederzeit, bis zur Entscheidung im Hauptsacheverfahren und bei der ex parte injunction, jederzeit vor Ablauf der Befristung gestellt werden. Als Aufhebungsgründe kommen etwa eine veränderte Beweissituation,⁴⁾ die Unterdrückung entscheidungserheblicher Tatsachen,⁵⁾ das Nichterscheinen zum Kreuzverhör⁶⁾ oder die Nichterfüllung besonderer im Beschluß bezeichneter Auflagen⁷⁾ in Betracht. Dabei stellt das Gericht im zweiseitigen Verfahren weniger strenge Anforderungen als bei der ex parte injunction.⁸⁾

¹⁾ Sachs LJ. in Beese v. Woodhouse (1970) 1 All ER 769 CA 773 E: "In those circumstances, it seems to me otiose to come to this court at this moment to attempt to disturb the discretion of the judge in chambers."

²⁾ S.o. S. 86 Fn. 1.

³⁾ Das gilt auch für die ex parte injunction.

⁴⁾ London City Agency (JCD) v. Lee (1969) 3 All ER 1376 ChD 1378 G.

⁵⁾ S.o. § 8 S. 78.

⁶⁾ O'Callaghan v. Barnad (1875 W.N. 37.

⁷⁾ Dazu 21 Halsbury 927; z.B. wenn der Kläger affidavits nicht nachreicht oder keine Sicherheit für die Verfahrenskosten hinterlegt.

⁸⁾ MacLaren v. Stainton (1852) 16 Beav. 279; in der Berufung: Carron Iron v. MacLaren (1855) H.L.Cas. 416.

Die Berufung zum Court of Appeal unterliegt keiner Beschränkung,¹⁾ während das weitere Rechtsmittel zum House of Lords der besonderen Zulassung des Court of Appeal bedarf,²⁾ die in vorläufigen Verfahren grundsätzlich nicht gewährt wird.³⁾ Wenn gleichwohl in neuerer Zeit das House of Lords in zwei Fällen⁴⁾ mit Fragen des einstweiligen Rechtsschutzes befaßt war, so unterstreicht dies nur die Bedeutung, die der interlocutory injunction im Zivilprozeß zukommt.

Beide Rechtsmittelinstanzen sind Tatsacheninstanzen, obwohl die Berufung zum House of Lords in aller Regel nur zugelassen wird, wenn der Rechtsmittelführer eine Rechtsverletzung geltend macht.⁵⁾ Im Berufungsverfahren beim Court of Appeal⁶⁾ erfolgt zwar eine neue Beweisaufnahme (appeal by way of rehearing⁷⁾); tatsächlich begnügt sich das Gericht jedoch in den meisten Fällen⁸⁾ mit der Vorlage der in erster Instanz eingereichten affidavits oder der Unterlagen des Gerichts-

¹⁾ S.o. S. 86 Fn. 1.

²⁾ Administration of Justice (Appeals) Act, 1934, s.1; bei Ablehnung ist Nichtzulassungsbeschwerde zum House of Lords möglich.

³⁾ Denning MR. in Hill v. Parsons (1971) 3 All ER 1345 CA 1359 C.

⁴⁾ Stratford v. Lindley (1965) A.C. 269 HL; American Cyanamid v. Ethicon (1975) 1 All ER 504 (Zulassung der Berufung durch das House of Lords).

⁵⁾ Walker, S. 336.

⁶⁾ Derzeit mit 3 Richtern besetzt, obwohl im vorläufigen Verfahren 2 Richter genügen (vgl. Cohen, S. 5), wie etwa in Heywood v. BOC Properties (1963) 2 All ER 1063 CA und Clifford Davis v. WEA Records (1975) 1 All ER 237 CA. Große Ausnahme, und heute nicht mehr üblich, ist die Besetzung mit 5 Richtern, wie in Bonnard v. Perryman (1891) 2 Ch. 269 CA. Grundsätzlich legt jeder Richter seine Entscheidungsgründe nieder; die bloße Zustimmung -I agree- ist die Ausnahme.

⁷⁾ R.S.C. O. 59 r. 10 (3).

⁸⁾ Walker, S. 338.

stenographen (official shorthand notes), wenn der Vorderrichter eine mündliche Beweisaufnahme angeordnet hatte.¹⁾

Obwohl einstweiliger Rechtsschutz stets aufgrund einer Ermessensentscheidung gewährt wird, hat das Berufungsgericht eine unbeschränkte Prüfungskompetenz. Der Court of Appeal greift zwar grundsätzlich nicht in das richterliche Ermessen ein, es sei denn bei Anwendung eines falschen Rechtsgrundsatzes, Nichtausübung des Ermessens, Nichtbeachtung entscheidungserheblicher Tatsachen²⁾ oder Rechtsbeugung (miscarriage of justice³⁾). Ihm obliegt jedoch die Entscheidungsbeurteilung, so daß er nach umfassender Überprüfung sein eigenes Ermessen ausüben muß, wenn nicht die Entscheidung des Vorderrichters als irreversibel gelten soll.⁴⁾ Dabei geht das Berufungsgericht freilich von der Annahme aus, daß der Richter sein Ermessen pflichtgemäß ausgeübt hat und respektiert dabei durchaus unterschiedliche Ansichten,⁵⁾ so daß dem Vorderrichter schließlich doch ein gewisser Ermessensspielraum bleibt.⁶⁾

¹⁾ R.S.C. O. 59 r. 12. In der Practice Note (1962) 1 All ER 897 CA wurde im Übrigen zur Beschleunigung des Berufungsverfahrens angeregt, daß sich die Richter auf das Verfahren vorbereiten (zur früheren Praxis siehe Cohen, S. 9).

²⁾ Ward v. James (1965) 1 All ER 563 CA 570 f.

³⁾ 30 Halsbury 856 (d).

⁴⁾ Lord Wright in Evans v. Bartlam (1937) A.C. 473 HL 486: "The court must if necessary examine anew the relevant facts and circumstances in order to exercise a discretion by way of review which may reverse or vary the order. Otherwise in interlocutory matters the judge might be regarded as independent of supervision."

⁵⁾ Charles Osenton v. Johnston (1942) A.C. 130 HL 148.

⁶⁾ Bowen LJ. in Gardner v. Jay (1885) 29 Ch.D. 50 CA 57.

§ 11 Die Sicherung der Verfahrensbeteiligten im einstweiligen Rechtsschutz

Für den Fall, daß sich die Anordnung der interlocutory injunction im nachhinein als ungerechtfertigt herausstellen sollte, hat die Rechtsprechung in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts ein Institut zur Sicherung des Beklagten, das undertaking as to damages, entwickelt. Ursprünglich war diese Sicherung auf ex parte injunctions beschränkt und diente so als Korrelat zu dem Nachteil der einseitigen Information des Gerichts. Nach und nach wurde diese Praxis dann auch auf die zweiseitigen Verfügungen ausgedehnt,¹⁾ so daß gegen Ende des Jahrhunderts das undertaking bereits als Gegenleistung des Klägers für die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes angesehen wurde.²⁾ Das Institut wurde so selbstverständlich, daß sich die Bezeichnung "the usual undertaking as to damages"³⁾ einbürgerte und der Urkundsbeamte (registrar) den Beschluß des Gerichts ohne weiteres bei der Ausfertigung entsprechend ergänzte.⁴⁾

Das undertaking as to damages ist ein feierliches, erzwingbares Versprechen oder bedingtes Schuldanerkenntnis des Klägers, Schadensersatz für den Fall zu leisten, daß sich die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes als ungerechtfertigt herausstellt. Grundsätzlich enthält jeder Beschluß über die Anordnung

-
- ¹⁾ Smith v. Day (1882) 21 Ch.D. 421 CA 424; s.o. S. 41.
²⁾ Lindley LJ. in Tucker v. New Brunswick Trading Company of London (1890) 44 Ch.D. 249 CA 253: "An undertaking is the price of an injunction, and if a man gets an injunction he must pay the price."
³⁾ Neath Canal Co. v. Ynisarwed Resolven Colliery Co. (1875) 10 Ch.App. 450 CA 457; Tucker v. New Brunswick Trading Co. of London (1890) 44 Ch.D. 249 CA 251.
⁴⁾ A.-G. v. Albany Hotel Co. (1896) 2 Ch. 696 CA 700.

einer interlocutory injunction diese Verpflichtungs-
erklärung in der folgenden Form:

"The plaintiffs undertaking to abide by any order
this Court may make as to damages in case this Court
should hereafter be of opinion that the defendant
shall have sustained any by reason of this order
which the plaintiffs ought to pay." 1)

Damit wird die Entscheidungsbefugnis des Gerichts
über den einstweiligen Rechtsschutz und das Haupt-
sacheverfahren hinaus, auch auf die Folgen einer un-
gerechtfertigten oder aufgehobenen interlocutory in-
junction ausgedehnt.²⁾ Der nachfolgende Schadens-
ersatzprozeß wird damit Teil eines gesamten Verfahrens,
wobei sich nur der Streitgegenstand, nicht aber die
Parteirolle ändert. Nach Aufhebung der injunction oder
Klageabweisung in der Hauptsache kann der Beklagte
dann im Antragsverfahren einen Beschluß des Gerichts
erwirken, wodurch eine Schadensersatzpflicht dem Grun-
de nach anerkannt und gleichzeitig eine Beweisaufnahme
zur Schadenshöhe angeordnet werden kann.³⁾ Vollstrek-
kungstitel für den Beklagten ist jedoch nicht dieser
Beschluß, sondern das vom Kläger bei Anordnung der
interlocutory injunction gegebene undertaking; der
Bruch dieses Versprechens (breach of undertaking)
durch Nichtzahlung des festgesetzten Schadensersatzes
ermöglicht dann Vollstreckungsmaßnahmen gegen den
Kläger.⁴⁾

-
- 1) Modern Transport Company v. Duneric Steamship Co.
(1917) 1 K.B. 370 CA 380; ebenso Fenner v. Wilson
(1893) 2 Ch. 656 ChD 658; Ushers Brewery v. P.S.
King & Co. (1971) 2 All ER 468 ChD 471 C.
 - 2) Seit Newby v. Harrison (1861) 3 De G.F. & J. 287,
290 ist es anerkannt, daß das Gericht auch nach
dem Hauptsacheverfahren Entscheidungsbefugnis hat,
ob das Verfahren nun durch Klageabweisung (wie in
Newby v. Harrison), oder durch Klagerücknahme (so
in Newcomen v. Coulson (1878) 7 Ch.D. 764) beendet
wird.
 - 3) "Application for inquiry as to damages" vgl. 21
Halsbury 892; Kerr, S. 667.
 - 4) Dazu § 12.

Der Kläger kann zwar nicht unmittelbar dazu gezwungen werden, sich durch ein undertaking der erweiterten Entscheidungsgewalt des Gerichts zu unterwerfen; die Anordnung einstweiligen Rechtsschutzes kann jedoch so lange verweigert werden, bis der Kläger dazu bereit ist.¹⁾

Das obligatorische undertaking as to damages ist nicht erforderlich wenn der Attorney-General²⁾ als Vertreter der Krone klagt,³⁾ ferner in dem seltenen Ausnahmefall, daß durch die interlocutory injunction schon eine endgültige Regelung getroffen wird, die mangels Überprüfung im nachhinein auch keine Schadensersatzverpflichtung auslösen kann.⁴⁾ Andererseits kann das Gericht insbesondere dann, wenn der Kläger Ausländer ist, das undertaking as to damages in Form einer Sicherheitsleistung fordern.⁵⁾

Entgegen einer früher vertretenen Auffassung⁶⁾ ist die Verwirklichung der Sicherung des Beklagten nicht nur auf Fälle arglistiger Täuschung des Gerichts beschränkt, sondern auch dann möglich, wenn sich der Kläger bona fide verhalten hat.⁷⁾ Der Schadensersatz-

¹⁾ Tucker v. New Brunswick Trading Co. of London (1890) 44 Ch.D. 249 CA 252; A.-G. v. Albany Hotel Co. (1896) 2 Ch. 696 CA cit. North J. in erster Instanz S. 700.

²⁾ Der höchste Justizbeamte Englands, in der Funktion einem Justizminister vergleichbar.

³⁾ A.-G. v. Albany Hotel Co. (1896) 2 Ch. 696 CA; diese Erscheinung zählt zu einer Reihe historisch bedingter Privilegien der Krone, die nicht immer rational zu erklären sind (dazu auch R.S.C. O. 77).

⁴⁾ Kekewich J. in Fenner v. Wilson (1893) 2 Ch. 656 ChD 659.

⁵⁾ Harman Pictures v. Osborne (1967) 2 All ER 324 ChD; es sei denn, die englische Niederlassung einer ausländischen Firma verpflichtet sich (Hobart Manufacturing Co. v. Cannon Industries (1959) R.P.C. 269.

⁶⁾ Jessel MR. in Smith v. Day (1882) 21 Ch.D. 421 CA 424; a.A. Cotton LJ. ebenda S. 429.

⁷⁾ Pettit, S. 375. Gewissermaßen eine Gefährdungshaftung.

anspruch ist daher immer dann gegeben, wenn das Gericht nach umfassender rechtlicher und tatsächlicher Überprüfung des Falles die interlocutory injunction als ungerechtfertigt erachtet.¹⁾ Hat der Kläger jedoch durch Unterdrückung oder Verfälschung von Beweisen arglistig gehandelt, so kann das Gericht dem Beklagten überdies auch exemplarischen Schadensersatz zusprechen.²⁾

Der Antrag auf Schadensfeststellung ist zwar unmittelbar nach Aufhebung der injunction zulässig, wird aber nur in Ausnahmefällen³⁾ vor Abschluß des Hauptsacheprozesses beschieden.⁴⁾ Zu langes Zögern nach Beendigung des Hauptsacheverfahrens wiederum kann zur Ablehnung des Antrags führen.⁵⁾ Kommt das Gericht zu der Überzeugung, daß der erlittene Schaden gering ist oder ohne Schwierigkeiten ermittelt werden kann, so lehnt es den Antrag auf Schadensfeststellung ab und entscheidet unmittelbar.⁶⁾

Ebenso wie das undertaking as to damages zur Bedingung für die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gemacht wird, kann das Gericht die Ablehnung einstweiligen Rechtsschutzes von einem undertaking des Beklagten abhängig machen. Anstelle einer auf Baustop gerichteten interlocutory injunction kann sich daher der Beklagte zum Abriß des Gebäudes verpflichten, sollte er

¹⁾ Griffith v. Blake (1884) 27 Ch.D. 474 CA; Hunt v. Hunt (1884) 54 L.J.Ch. 289.

²⁾ Brett J. in Smith v. Day (1882) 21 Ch.D. 421 CA 428.
³⁾ So in Novello v. James (1854) 5 De GM & G 876, einem Rechtsstreit, der durch ein Urteil des House of Lords in einem anderen Fall entschieden wurde; ferner Newcomen v. Coulson (1878) 7 Ch.D. 764, wo das Hauptsacheverfahren durch Klagerücknahme beendet wurde.

⁴⁾ Ushers Brewery v. King (1971) 2 All ER 468 ChD 473 E.

⁵⁾ Smith v. Day (1882) 21 Ch.D. 421 CA 426.

⁶⁾ Graham v. Campbell (1878) 7 Ch.D. 490 CA 494.

im Hauptsacheprozeß unterliegen.¹⁾ Zur Vermeidung einer interlocutory injunction kann der Beklagte ferner vor Gericht die Verpflichtung eingehen, die aus einer angeblichen Rechtsverletzung stammenden Gewinne einem Sonderkonto zuzuführen (undertaking to keep an account²⁾), eine Praxis, die besonders³ in Verfahren des gewerblichen Rechtsschutzes beliebt ist³⁾ und die eine spätere Schadensermittlung wesentlich erleichtert.⁴⁾

Schließlich kann der Beklagte auch freiwillig eine Verpflichtung eingehen, die den gleichen Inhalt wie die vom Kläger begehrte interlocutory injunction hat (undertaking in lieu of an injunction⁵⁾). In einem solchen Fall umfaßt der Beschluß des Gerichts regelmäßig auch die Verpflichtung des Klägers, Schadenersatz zu leisten, falls er im Hauptsacheverfahren unterliegen sollte (crossundertaking as to damages⁶⁾). Auch alle diese Verpflichtungserklärungen des Beklagten sind bei Zuwiderhandlungen im Vollstreckungsverfahren erzwingbar.

1) Ford v. Gye (1858) 6 W.R. 235; Wilson v. Townend (1860) 1 Dr & Sm 324.

2) Mitchell v. Henry (1880) 15 Ch.D. 181 CA 192.

3) Siehe auch § 18.

4) Pettit, S. 399.

5) Supreme Court Practice, 29/1/21; ferner Biba v. Stratford Investments (1972) 3 All ER 1041 ChD.

6) Practice Note (1984) W.N. 203, 208; Hanning v. Gable-Jeffreys Properties (1965) 1 All ER 924 ChD 927 C.

§ 12 Die Vollziehung der interlocutory injunction

Die zwangsweise Durchsetzung einer interlocutory injunction erfolgt grundsätzlich durch Personalarrest (committal¹). Die schuldhaftige Zuwiderhandlung gegen eine Verfügung des Gerichts (wilful breach of injunction) wird als contempt of court²) geahndet und kann zu Freiheitsentzug oder Vermögensbeschlagnahme (sequestration³) führen. Dabei handelt es sich um den zivilen contempt of court, der als Vollstreckungsmittel in erster Linie der Befriedigung von Parteiinteressen dient; Schutzzweck ist darüberhinaus aber auch, ebenso wie beim criminal contempt, die Wahrung öffentlicher Ordnungsinteressen, insbesondere die Beachtung der gerichtlichen Autorität.⁴)

Der Antrag auf Haftanordnung (application for an order of committal) bedarf der besonderen Zulassung durch das Gericht⁵) und wird beim High Court durch den Einzelrichter, in der Berufung vom Court of Appeal beschieden.⁶) Entsprechend der Schwere des Eingriffs sind die Zustellungsvorschriften sehr streng: Der Antrag auf Haftanordnung ist dem Beklagten mit einer

¹) Mander v. Falcke (1891) 3 Ch. 488 ChD 491; die in dieser Entscheidung noch behandelte Möglichkeit, die Haft durch sog. "writ of attachment" herbeizuführen (dazu Pfiffner, S. 110) ist abgeschafft (8 Halsbury, vor 56), so daß nur noch "committal for contempt of court" zulässig ist (R.S.C. O. 52).

²) Der Begriff "Mißachtung des Gerichts" ist für das komplexe Institut zum Schutz der Rechtsverwirklichung zu eng; vgl. Schweizer, S. 3 f.

³) R.S.C. O. 45 r. 5 (i)(ii).

⁴) Zu der weitgehenden Bedeutungslosigkeit der Unterscheidung von civil und criminal contempt: Schweizer, S. 63 ff; hinsichtlich der Rechtsfolgen unterscheiden sich beide Formen des contempt jedenfalls nicht (Phonographic Performance v. Amusement Caterers (1963) 3 All ER 493 ChD 496 D.

⁵) R.S.C. O. 52 rr. 2 und 3.

⁶) R.S.C. O. 52 r. 1.

Kopie der mißachteten Verfügung, die ihm bereits bekannt ist, persönlich zuzustellen.¹⁾ Eine Ersatzzustellung²⁾ ist nur dann möglich, wenn die unmittelbare Zustellung trotz jeder Anstrengung nicht möglich war.³⁾

Voraussetzung für die Anordnung des Freiheitsentzugs ist die bewußte aber auch die nachlässige Zuwiderhandlung⁴⁾ gegen jede wirksame, erfüllbare gerichtliche Verfügung oder Entscheidung.⁵⁾ Entscheidend muß daher auf die Bekanntgabe (notice) der injunction abgestellt werden, die bereits vor Ausfertigung des Beschlusses durch Telegramm erfolgen kann.⁶⁾ Vollstreckungsschuldner ist in der Regel der Beklagte, sowie Anstifter und Gehilfen.⁷⁾ Die Verbotsverfügung kann jedoch im Unterschied zur Leistungsverfügung auch gegenüber einem Dritten durchgesetzt werden, sofern dieser der Anordnung bewußt zuwiderhandelt.⁸⁾ In diesem Fall wird auf die Bekanntgabe der Verfügung dem Dritten gegenüber verzichtet.⁹⁾

Mit der Haftanordnung wird üblicherweise auch die

1) R.S.C. O. 52 r. 4 (2).

2) R.S.C. O. 65 r. 4.

3) Mander v. Falcke (1891) 3 Ch. 488, 492.

4) R.S.C. O. 45 r. 5 (1)(a); die bloße Absicht der Zuwiderhandlung genügt nicht, vgl. Grand Junction Canal v. Dimes (1849) 18 L.J.Ch. 419.

5) Schweizer, S. 59 f.

6) Re Bryant (1876) 4 Ch.D. 98, 100; Re Bishop, Ex parte Langley, ex parte Smith (1879) 13 Ch.D. 110 CA; In United Telephone v. Dale (1884) 25 Ch.D. 778, 787 etwa wußten die Beklagten von der injunction, weil sie mit ihrem Einverständnis ergangen war.

7) "aiding and abetting in breach of an injunction"; siehe Seaward v. Paterson (1897) 1 Ch. 545 CA 551.

8) Ronson Products v. Ronson Furniture (1966) 2 All ER 381 ChD 385 f.

9) Siehe Fn. 8.

Dauer des Freiheitsentzugs bestimmt,¹⁾ die bei mehrfacher Zuwiderhandlung progressiv gesteigert wird.²⁾ Andererseits kann das Gericht die Haftdauer jederzeit verkürzen, wenn es der Auffassung ist, daß der Beklagte seine Verfehlung abgeübt hat.³⁾

Die Haft selbst wird als schwerster Eingriff in die persönliche Freiheit von Gericht nur mit großer Zurückhaltung angeordnet.⁴⁾ Das Gericht hat im Contempt-verfahren weitgehende Ermessensfreiheit und ist weder an Parteianträge,⁵⁾ noch an seine vorausgegangenen Entscheidungen⁶⁾ gebunden. Lord Denning führt dazu in der Entscheidung *Re W. (B) (an infant)*⁷⁾ aus:

"Imprisonment is not the inevitable consequence of a breach. The court has a discretion to do what is just in all the circumstances. It can reduce the length of the sentence or can impose a fine instead. It may indeed not punish at all. It all depends on how serious is the breach, how long has the man behaved himself, and so forth."

Freiheitsentzug kommt daher grundsätzlich nur in Betracht, wenn der Beklagte seine Geringschätzung und Mißachtung des Gerichtes derart offensichtlich gezeigt hat, daß die Haft im öffentlichen Interesse, zur Wiederherstellung der gerichtlichen Autorität,

1) *Re Edwards, Brooke v. Edwards* (1882) 21 Qn.D. 236.

2) *Yager v. Musa* (1961) 2 Q.B. 214 CA 219.

3) *Langan, S. 266; Curti, S. 122*; "he has purged his contempt."

4) *Ormerod LJ. in Anson v. Anson* (1977) 2 All ER 638 CA 643 B: "Committal orders are remedies of last resort; in family cases they should be the very last resort."

5) *Rigby LJ. in Seaward v. Paterson* (1887) 1 Qn. 545 CA 559: "The Court acts upon its own jurisdiction and upon its own authority"; ferner *Roberts v. Albert Bridge Company* (1873) 3 Qn.App. 753.

6) *Re W. (B) (an infant)* (1969) 1 All ER 594 CA 596.

7) Siehe Fn. 6.

geboten ist.¹⁾ Ansonsten begnügt sich das Gericht mit den milderer Sanktionen der Geldbuße²⁾ oder Kaution.³⁾ Häufig werden dem Beklagten auch nur die Kosten des Haftanordnungsverfahrens auferlegt,⁴⁾ verbunden mit einer sehr bestimmten Androhung weiterer Konsequenzen für den Fall einer nochmaligen Zuwiderhandlung.⁵⁾ Ein Verzicht auf die Beugehaft ist vor allem dann vertretbar, wenn der Beklagte Reue gezeigt hat,⁶⁾ bereit ist, einen etwa entstandenen Schaden zu ersetzen⁷⁾ oder der Anordnung des Gerichts noch vor der Contempt-Verhandlung nachgekommen ist.⁸⁾

Dagegen zieht die Mißachtung einer interlocutory injunction selbst dann die Contempt Sanktion nach sich, wenn sich die einstweilige Anordnung im nachfolgenden

-
- 1) Pearson J. in *United Telephone Co v. Dale* (1884) 25 Ch.D. 778, 787: "There has been a most flagrant and discreditable breach of the injunction; and I should be declining to do the duty which I owe to all the public, sitting here as the Judge of this Court, if I did not grant the present application, and order the defendants to be committed to prison." Ebenso *Price v. Hutchison* (1870) L.R. 9 Eq. 534 CA 536.
- 2) *Photographic Performance v. Amusement Caterers* (1963) 3 All ER 493 ChD 497 C; *Steiner Products v. Willy Steiner* (1966) 2 All ER 387 ChD 391 A (Verhängung einer Geldbuße von £ 150, nachdem der Beklagte den beanstandeten Firmennamen erst nach Einleitung des Contempt-Verfahrens entfernt hatte).
- 3) *Re M. (S) (an infant)* (1965) 1 All ER 594 CA 596 S, 597 E.
- 4) *Re Bryant* (1876) 4 Ch.D. 98, 101; *Ronson Products v. Ronson Furniture* (1966) 2 All ER 381 ChD 386 G.
- 5) *Mc. Nair J. in Rivlin v. Bilainkin* (1952) 1 Q.B. 485, 489: "But the defendant should be warned in no uncertain terms that if anything of this character occurs again, and is brought to the attention of this court, there is no doubt at all that he will be liable to instant committal...and no doubt any judge before whom this matter might come again would bear in mind the warning which I now give him." *Rivlin v. Bilainkin* (1952) 1 Q.B. 485 QBD 489.
- 6) *Re Bryant* (1876) 4 Ch.D. 98, 101.
- 7) S.o. Fn. 2; die Vollstreckungsfunktion entfällt dann.

Hauptsacheverfahren als ungerechtfertigt erweist und daher aufgehoben wird.¹⁾

Außer der Haftanordnung gibt es für bestimmte Fälle als alternative oder zusätzliche Vollstreckungsmaßnahmen noch die Zwangsverwaltung²⁾ und die Ersatzvorname.³⁾

Die Sequestration zählt zwar zum Contempt-Verfahren,⁴⁾ ist jedoch auf den zivilen Contempt beschränkt. Bei Zuwiderhandlung gegen Verbots- und Leistungsverfügungen kann nach besonderer gerichtlicher Zulassung die Zwangsverwaltung über das Vermögen natürlicher oder juristischer Personen⁵⁾ und ihrer Organe⁶⁾ durch writ of sequestration angeordnet werden. Dieses Verfahren wird vor allem bei Gesellschaften angewandt,⁷⁾ die der Beugeneft unmittelbar nicht unterliegen können.⁸⁾ Dagegen können die Vollstreckungsmittel Haft und Zwangsverwaltung gegenüber den Organen der Gesellschaft alternativ oder gar kumulativ eingesetzt werden.

Die Zwangsverwaltung ist nicht auf die Befriedigung etwaiger Zahlungsansprüche gerichtet, sondern, wie die Haft, reines Beugemittel, daß allerdings auch

¹⁾ Eastern Trust Co. v. Mac Kenzie, Mann & Co. (1915) A.C. 750 JC 761; hier tritt die Vollstreckungsfunktion hinter der Straffunktion völlig zurück.

²⁾ R.S.C. O. 45 r. 5 (1)(i)(ii); "Sequestration".

³⁾ R.S.C. O. 45 r. 8. "Order for act to be done at party's expense."

⁴⁾ Pratt v. Inman (1889) 43 Ch.D. 175, 179.

⁵⁾ R.S.C. O. 45 r. 5 (1)(i).

⁶⁾ R.S.C. O. 45 r. 5 (1)(ii); "any director or other officer of the body".

⁷⁾ Auch bei Gesellschaften, die nicht gemäß dem Companies Act, 1948 gegründet wurden.

⁸⁾ 8 Halsbury 47 (c)

dann noch wirksam eingesetzt werden kann, wenn sich die Person selbst der Gerichtsbarkeit des High Court entzogen hat.¹⁾

Da die Sequestration unter den gleichen Voraussetzungen wie die Beugehaft angeordnet wird,²⁾ kann das Gericht kleineren Zuwiderhandlungen ebenfalls durch mildere Sanktionen begegnen.³⁾ Solch eine Milderung ist etwa auch die bedingte Aussetzung einer Haft-⁴⁾ oder Zwangsverwaltungsanordnung,⁵⁾ eine sogenannte order suspended on conditions.

Die Ersatzvornahme kann das Gericht zur Durchsetzung einer mandatory injunction anordnen, wobei es sich des Klägers selbst oder eines zu bestimmenden Dritten zur Ausführung der Verfügung bedienen kann. Die Kosten dieser Ersatzvornahme und des Verfahrens werden dann durch das Gericht festgesetzt und können wie andere Forderungen vollstreckt werden.⁶⁾

¹⁾ 21 Halsbury 912 (d).

²⁾ Fairclough v. Manchester Ship Canal Co. (No. 2) (1897) 41 Sol.Jo. 225 CA.

³⁾ So etwa in Ronson Products v. Ronson Furniture (1966) 2 All ER 381 ChD 383 H.

⁴⁾ In Re W. (B) (an infant) (1969) 1 All ER 594 CA 594 C war die erste Haftanordnung unter der Bedingung ausgesetzt, daß der Beklagte sein gegebenes undertaking künftig befolge.

⁵⁾ In Phonographic Performances v. Amusement Caterers (1963) 3 All ER 493 ChD 493 H verpflichtete sich der Kläger von der angeordneten Zwangsverwaltung abzu- sehen, falls der Beklagte innerhalb einer gesetzten Frist gewisse Bedingungen erfüllte.

⁶⁾ Nach R.S.C. O. 45 r. 1 nur noch durch Sachpfändung (writ of fieri facias), Forderungspfändung (garnishee proceedings), Anteilspfändung (charging order) oder Bestellung eines Verwalters (appointment of receiver), nachdem der Schuldverhaft durch den Debtors Act, 1869, s. 4 aufgehoben wurde.

Das Contempt-Verfahren kann ebenso bei Zuwiderhandlungen gegen undertakings¹⁾ eingeleitet werden, die der Beklagte anstelle einer einstweiligen Verfügung vor Gericht abgibt.²⁾ Diese Gleichbehandlung ist schon aus rechtspolitischen Gründen erforderlich, wenn man verhindern will, daß sich der Beklagte durch freiwillige Unterwerfung dem gerichtlich angeordneten einstweiligen Rechtsschutz mit seinen Sanktionen entzieht.³⁾

Das zur Sicherung des Beklagten geforderte undertaking as to damages ist nach Ermittlung der Schadenshöhe und einem ergänzenden Beschluß (supplemental order) zur Bestimmung der Fälligkeit⁴⁾ ebenfalls vollstreckbar. Da die Verpflichtung auf Geldleistung gerichtet ist, finden die in R.S.C. O. 45 r. 1 genannten Vollstreckungsmittel Anwendung.⁵⁾ Nachdem der Schuldverhaft durch den Debtors Act, 1869 abgeschafft worden ist, kommt eine Haftanordnung bei Nichtzahlung grundsätzlich nicht mehr in Betracht, es sei denn, ein außergewöhnliches Fehlverhalten (misconduct) des Klägers erfordere diese Maßnahme im öffentlichen Interesse.⁶⁾ Die Contempt-Sanktion wird dann nicht in ihrer zivil-

¹⁾ S.o. S. 90 ff; § 11.

²⁾ D.v.A. & Co. (1900) 1 Ch. 484, 488; Ronson Products v. Ronson Furniture (1966) 2 All ER 381 ChD; Steiner Products v. Willy Steiner (1966) 2 All ER 387 ChD.

³⁾ Brightman J. in Biba v. Stratford Investments (1972) 3 All ER 1041 ChD 1045 E: "It is a common practice for a plaintiff in these sort of proceedings to accept an undertaking offered by a defendant as a substitute for the imposition of an injunction. I think that it would be a pity to disturb that practice by giving a lesser quality to an undertaking than to an injunction."

⁴⁾ Carter v. Roberts (1903) 2 Ch. 312.

⁵⁾ S.o. S. S. 100 Fn. 6.

⁶⁾ Byrne J. in Carter v. Roberts (1903) 2 Ch. 312, 321 erläutert das an dem Beispiel einer Person, die vor Gericht durch Zerreißen eines Schecks ihren Zahlungswillen demonstriert.

rechtlichen Vollstreckungsfunktion eingesetzt,
sondern hat überwiegend strafenden Charakter.¹⁾

Ein undertaking kann nicht im Wege der Ersatzvor-
nahme durchgesetzt werden;²⁾ da die Ersatzvor-
nahme naturgemäß jedoch auf Leistungsverfügungen beschränkt
ist, und ein auf Leistung gerichtetes undertaking
sehr selten sein dürfte, hat diese Einschränkung
kaum praktische Bedeutung.

¹⁾ 8 Halsbury 38 (t): "A penal or disciplinary juris-
diction to be exercised by the court."
²⁾ 21 Halsbury 913 (i).

Zusammenfassung 3. Kapitel

Einstweiliger Rechtsschutz ist grundsätzlich erst nach Rechtshängigkeit der Hauptsache zulässig; ausnahmsweise kann der Kläger vor Rechtshängigkeit eine interlocutory injunction beantragen, die unter der Bedingung gewährt wird, daß die Klageerhebung folgt.

Die interlocutory injunction ergeht grundsätzlich nach Anhörung des Beklagten in mündlicher Verhandlung mit Wirkung bis zum Urteil in der Hauptsache oder einem weiteren Beschluß (until judgment or further order); in Eilfällen kann ausnahmsweise eine ex parte injunction ergehen, die immer auf wenige Tage befristet ist und dann der Erneuerung durch richterliche Entscheidung nach Anhörung des Beklagten bedarf.

Die Beweisführung erfolgt durch Glaubhaftmachung in Form von affidavits; zusätzlich kann in der mündlichen Verhandlung über die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes das Kreuzverhör von Personen angeordnet werden, die ein affidavit abgegeben haben. Bei umfangreicher Beweisaufnahme ist ein beschleunigtes Hauptsacheverfahren (speedy trial) möglich.

Kraft Parteiwillens kann das Gericht zur endgültigen Entscheidung im vorläufigen Verfahren befähigt werden (motion by consent treated as trial of the action).

Die Anordnung oder Ablehnung einer interlocutory injunction kann im Wege der Berufung zum Court of Appeal überprüft werden. Die Berufung zum Court of Appeal ist nicht eingeschränkt, während die Berufung zum House of Lords der besonderen gerichtlichen Zulassung bedarf. Daneben kann die interlocutory injunction bis zum Hauptsacheverfahren jederzeit wegen

veränderter Umstände auf Antrag in erster Instanz aufgehoben werden.

Das Richterliche Ermessen bei der Entscheidung über den einstweiligen Rechtsschutz ist zwar grundsätzlich nachprüfbar, wird in der Praxis jedoch nicht angetastet.

Der Verfügungsbeklagte ist durch das erzwingbare undertaking as to damages gegen die nicht gerechtfertigte Anordnung einstweiligen Rechtsschutzes gesichert. Dieses bedingte Schuldanerkenntnis, Schadensersatz zu leisten, ermöglicht die Durchführung eines Schadensersatzprozesses im Rahmen des anhängigen Hauptsacheverfahrens. Das undertaking as to damages ist verschuldensunabhängig und sowohl bei Rechts- als auch bei Tatsachenirrtum des Gerichts zu realisieren.

Anstelle der Anordnung einer interlocutory injunction kann der Beklagte eine freiwillige Verpflichtung gleichen Inhalts eingehen, die auch im Vollstreckungsverfahren der interlocutory injunction gleichwertig ist (undertaking in lieu of an injunction). Der Kläger gibt dann ein cross-undertaking as to damages ab.

Die zwangsweise Durchsetzung einer interlocutory injunction oder eines entsprechenden undertakings erfolgt im Contempt-Verfahren. Die Contempt-Sanktionen lassen sich je nach der Bedeutung der Zuwiderhandlung abstufen: In der Regel genügt die bloße Drohung mit Beugehaft zur Durchsetzung einstweiligen Rechtsschutzes. Daneben können Geldbußen und Verfahrenskosten auferlegt, sowie die Zwangsverwaltung angeordnet werden. Die mandatory injunction ist auch durch Ersatzvornahme erzwingbar.

4. Kapitel

Die bei Anordnung einstweiligen Rechtsschutzes
zu beachtenden allgemeinen Grundsätze

Das ehemals weite Ermessen des Court of Chancery bei der Ausübung seiner Rechtsprechungsbefugnis richtete sich nach und nach an gewissen allgemeinen Prinzipien aus, wovon einige als "Maxims of Equity"¹⁾ bezeichnet werden. Die Grundsätze werden als allgemein bezeichnet,²⁾ weil sie nicht nur bei Anordnung der interlocutory injunction, sondern auch bei allen übrigen Rechtsschutzmöglichkeiten nach Equity³⁾ Anwendung finden. Dabei kann es sich um Einreden (equitable defences⁴⁾ handeln oder auch um Zulässigkeitsvoraussetzungen, für die die den Kläger die Darlegungs- und Beweislast trifft.⁵⁾

§ 13 Das Verhalten des Klägers - Clean Hands

"He who comes into equity must come with clean hands"⁶⁾ und "he who seeks equity must do equity"⁷⁾. Diese beiden Equity-Maximen leiten sich aus dem ursprünglichen

¹⁾ Zu den 12 Equity-Maximen vgl. etwa Snell, S. 27 ff.

²⁾ Snell, S. 27. General principles.

³⁾ Die sog. "equitable remedies" sind injunctions, specific performance, rectification und rescission; vgl. dazu Henrich, S. 47 ff.

⁴⁾ Ashburner, S. 461 ff; 16 Halsbury 1465 ff.

⁵⁾ S.o. § 13, S. 107.

⁶⁾ Der Grundsatz geht zurück auf Eyre LC in Dering v. Earl of Winchelsea (1787) 1 Cox.Eq.Cas. 318.

⁷⁾ Lord Eldon LC in Davis v. Duke of Marlborough (1819) 2 Swan 108, 157: "The principle of this court is not to give relief to those who will not do equity."

Wesen der Equity als eines Billigkeitsrechtes her, dessen moralische Stärke etwa von Lord Couper in *Dudley v. Dudley*¹⁾ gerühmt wurde:

"Now equity is no part of the law, but a moral virtue, which ... is an universal truth."

Die beiden Grundsätze sind Ausdruck desselben Gedankens, wonach das treuwidrige Verhalten des Klägers seinem Rechtsschutzbegehren entgegenstehen kann. Dabei betrifft der Clean-Hands Grundsatz das Verhalten des Klägers in der Vergangenheit, während die zweite Maxime auf das künftige Verhalten gerichtet ist.²⁾

Beide Prinzipien sind gerade für die Ablehnung einstweiligen Rechtsschutzes oft allein entscheidend, ohne daß es einer Prüfung des zu sichernden materiellen Rechts bedürfte. Lord Eldon führte dazu in der Entscheidung *Blakemore v. Glamorganshire Canal Navigation*³⁾ aus:

"Many cases have occurred in which injunctions are applied for, and are granted or refused, not upon the ground of the right possessed by the parties, but upon the ground of their conduct and dealings before they applied to the Court for the injunction to preserve and protect that right."

Damit sind beide Maximen erste Voraussetzung für die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes, bevor das Gericht in eine materiellrechtliche Prüfung des

1) (1705) Prec.Ch. 241, 244; cit. in *National Provincial Bank v. Ainsworth* (1965) A.C. 1175, 1224.
2) *Wentworth*, S. 48; *Keeton*, S. 106; *Pettit*, S. 403; häufig werden diese Grundsätze auch nicht unterschieden, sondern unter dem Stichwort "Conduct of plaintiff" zusammengefaßt; vgl. *11 Halsbury* 757; *Kerr*, S. 19, 393.
3) (1831) 1 My. & K. 184, 168; ebenso *Measures Brothers v. Measures* (1910) 2 Ch. 248, 254; *Chappell v. The Times Newspapers* (1975) 2 All ER 233 CA 240 G.

zu sichernden Anspruchs überhaupt eintritt. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß sein Verhalten dem Erlaß einer injunction nicht entgegensteht, trifft stets den Kläger.¹⁾

I. Clean Hands

Der Clean-Hands Grundsatz kann selbst in unstreitigen Fällen einer Rechtsverletzung durch den Beklagten zur Versagung einstweiligen Rechtsschutzes führen, wenn das Verhalten des Klägers nicht fair und ehrlich war,²⁾ wobei es auf seine unbeschränkte Geschäftsfähigkeit oder Prozeßfähigkeit nicht ankommt.³⁾ Ein gesetzwidriges Verhalten des Klägers wird jedoch nicht von der Maxime erfaßt; in solchen Fällen gewähren die Gerichte sowohl nach Equity als auch nach Common Law ohnehin keinen Rechtsschutz.⁴⁾

Die Clean-Hands Maxime findet sich im einstweiligen Rechtsschutz als alleiniger Ablehnungsgrund vor allem in drei Bereichen: Dem Vertragsbruch bei Dauerschuldverhältnissen,⁵⁾ dem Urheber-⁶⁾ und Ehreenschutzrecht (breach of confidence⁷⁾). Dabei ist es naheliegend, daß bei Dauerschuldverhältnissen und den Fällen des breach of confidence dem Treu- und Glaubensgrundsatz

¹⁾ Gozens-Hardy in Measures Brothers v. Measures (1910) 2 Ch. 248 CA 254; Chappell v. The Times Newspapers (1975) 2 All ER 233 CA 244 D.

²⁾ Kerr, S. 19.

³⁾ Nelson v. Stocker (1895) 4 De.G. & J. 458, 465.

⁴⁾ Ashburner, S. 467.

⁵⁾ Measures Brothers v. Measures, a.a.O. Fn. 1; Telegraph Despatch and Intelligence Co. v. Mac Lean (1873) 8 Ch.App. 658; ferner Grimston v. Cunningham (1894) 1 Q.B. 125.

⁶⁾ Glyn v. Weston (1916) 1 Ch. 261; Baschett v. London Illustrated Standard Co. (1900) 1 Ch. 73, 74; Hubbard v. Vosper (1972) 1 All ER 1023 CA.

⁷⁾ Duchess of Argyll v. Duke of Argyll (1965) 1 All ER 611 ChD.

zwischen den Verfahrensbeteiligten besondere Bedeutung zukommt. Wird die interlocutory injunction hingegen zum Schutz gegen Urheberrechtsverletzungen beantragt, so dient die Anwendung des Clean-Hands Grundsatzes allein der Verwirklichung richterlicher Autorität.

Diesen urheberrechtlichen Entscheidungen liegt in der Regel der Fall zugrunde, daß der Kläger durch eine injunction Schutz seines Werkes begehrt, das Gericht jedoch der Auffassung ist, diesem Werk sei der Rechtsschutz aus moralischen Gründen zu versagen.¹⁾ Der aus dem gleichen Grunde verwerflichen Urheberrechtsverletzung durch den Beklagten wird in der Kostenentscheidung Rechnung getragen:

"Under ordinary circumstances the action is one which would be dismissed with costs, but this is a case in which, as it appears to me, this Court owes to its own self-respect to render no assistance whatever to either of the parties in respect of the subject of their litigation, and therefore I feel it my duty while dismissing the action to leave both parties to bear their own costs."²⁾

Eine Besonderheit ist der Fall Hubbard v. Vosper.³⁾ In diesem Fall sollte die Veröffentlichung des Buches "The Mind Benders" vorläufig untersagt werden, weil es angeblich das Urheberrecht des Klägers verletzte und den Tatbestand des "breach of confidence" verwirklichte. Die interlocutory injunction wurde in der Berufungsinstanz aufgehoben, wobei einer der Richter seine Entscheidung ausdrücklich auf die Clean-Hands Maxime stützte.⁴⁾

1) Younger J. in Glyn v. Weston Feature Film Co. (1916) 1 Ch. 261, 270: "It is enough for me to say that to a book of such a cruelly destructive tendency no protection will be extended by a court of equity."

2) Fn. 1, S. 271; ebenso Baschett v. London Illustrated Standard Co. (1900) 1 Ch. 73.

3) (1972) 1 All ER 1023 CA.

4) Megaw LJ. in Hubbard v. Vosper á.a.O. Fn. 3, S. 1033.

Der Beklagte war Mitglied der vom Kläger gegründeten Church of Scientology of California, die einen Geheimkult pflegte und sich durch Selbstjustiz gegen Überläufer schützte. Nach seinem Austritt aus dieser "Kirche" schrieb der Beklagte das sehr kritische Buch "The Mind Benders", worin er häufig Passagen aus Werken des Klägers zitierte und angeblich vertrauliche Informationen verwertete. Nach dem vom Kläger verfaßten Sittenkodex der Organisation wurde der Beklagte dadurch vogelfrei. Durch die Androhung dieser Maßnahmen hatte der Kläger seinen Anspruch auf Rechtsschutz verwirklicht.¹⁾

Typisch für die Anwendung der Clean-Hands Maxime im Schuldrecht ist die Berufungsentscheidung Telegraph Despatch and Intelligence Company v. Mac Lean.²⁾ In diesem Urteil wurde, entgegen der Vorentscheidung, die von den Klägern beantragte interlocutory injunction abgelehnt, "on the plain broad ground that the plaintiffs have themselves violated the bargain entered into by them with the defendant."³⁾

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Beklagte hatte den Klägern seine Nachrichtenagentur verkauft, wobei ein Teil des Kaufpreises in Form einer Gewinnbeteiligung zu zahlen war. Der Beklagte sollte von den Klägern als Geschäftsführer zunächst für die Dauer von 5 Jahren weiterbeschäftigt werden. Bereits im Laufe des ersten Jahres vereintarten die Kläger mit einer anderen Gesellschaft, die Nachrichtenagentur einzustellen und wiesen den Beklagten entsprechend an. Nachdem sich der Beklagte geweigert hatte, dieser Anordnung zu folgen, wurde ihm im ersten Rechtszug durch interlocutory injunction untersagt, weiterhin Nachrichten

¹⁾ Megaw L.J. in Hubbard v. Vosper (1972) 1 All ER 1023 CA 1033: "...there is here evidence that the plaintiffs are or have been protecting their secrets by deplorable means such as is evidenced by this code of ethics; and that being so, they do not come with clean hands to this court in asking the court to protect those secrets by the equitable remedy of an injunction."

²⁾ (1873) 8 Ch.App. 658.
³⁾ A.a.O. Fn. 2, S. 662.

zu Übermitteln. Das Berufungsgericht hob diese Entscheidung auf, weil es der Auffassung war, daß die Kläger ihrerseits eine stillschweigende Verpflichtung (implied covenant) zur Fortführung des Unternehmens bis zur endgültigen Kaufpreiszahlung verletzt hatten.¹⁾ Die Entscheidung in der Hauptsache blieb damit offen.¹⁾

Allerdings führt nicht jeder Vertragsbruch zur Anwendung der Clean-Hands Maxime. Geringfügige Vertragsverletzungen (trifling breaches of covenant²⁾ sind unbeachtlich. Im Übrigen muß das treuwidrige Verhalten des Klägers mit seinem Rechtsschutzbegehren in Zusammenhang stehen.³⁾ Andererseits ist es nicht unbedingt erforderlich, daß der Kläger vorsätzlich handelt. Der Vertragsbruch durch den Kläger kann auch durch bloße Nichterfüllung herbeigeführt werden.⁴⁾

Gelegentlich wird die Clean-Hands Maxime jedoch auch angewandt, wenn in Wirklichkeit das Verhalten der Parteien vor Klageerhebung bereits zu einer Aufhebung des Vertrags durch Nichterfüllung geführt hat.⁵⁾

II. He who seeks equity must do equity

Die zweite, auf das künftige Verhalten des Klägers gerichtete Equity Maxime findet sich in der Rechtsprechung zu injunctions erst relativ spät⁶⁾ und

¹⁾ Mellish LJ, in *Telegraph Despatch and Intelligence Company v. The East India Co.* (1873) 9 Ch.App. 666, 668.

²⁾ *Bessant v. Wood* (1879) 12 Ch.D. 605, 608; *Pettit*, S. 403.

³⁾ *Ungoed-Thomas, J.* in *Duchess of Argyll v. Duke of Argyll* (1968) 1 All ER 611 ChD 686 C: "A person coming to court, for relief... must come with clean hands; but the cleanliness required is to be judged in relation to the relief that is sought."

⁴⁾ *Weasures v. Weasures* (1910) 2 Ch. 246 CA 254.

⁵⁾ *Pettit*, S. 403.

⁶⁾ Grundsatzentscheidung ist *Weasures v. Weasures*, a.a.O. Fn. 4, die den Erlaß einer final injunction zum Gegenstand hatte.

wesentlich seltener als der Clean-Hands Grundsatz. Nach dieser Maxime wird das Rechtsschutzbegehren des Klägers von seiner Bereitschaft zur künftigen Vertragserfüllung abhängig gemacht.¹⁾

Der Anwendungsbereich der Maxime wurde nach der Grundsatzentscheidung *Measures Brothers v. Measures*²⁾ zur final injunction mit der Entscheidung in *Chappell v. The Times Newspapers*³⁾ auch auf den Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes durch die interlocutory injunction ausgedehnt.

Sowohl in *Measures Brothers v. Measures*⁴⁾ als auch in *Australian Hardwoods v. Commissioner for Railways*⁵⁾ wurde das Rechtsschutzbegehren der Kläger allein im Hinblick auf ihr künftiges Verhalten abgelehnt, weil sie im Zeitpunkt des Verfahrens bereits vertragsbrüchig waren. In dem Rechtsstreit *Chappell v. The Times Newspapers* ging der Court of Appeal darüber hinaus: Obwohl sich die Kläger bis zum Zeitpunkt der Entscheidung über die interlocutory injunction vertragstreue verhalten hatten, versagte das Gericht den einstweiligen Rechtsschutz, weil sich die Kläger geweigert hatten, künftige Vertragstreue zu geloben.⁶⁾

Die beantragte interlocutory injunction war auf Unterlassung der im Verlaufe eines Arbeitskampfes angedrohten

¹⁾ Das gilt ebenso, wenn der Kläger Vertragserfüllung (specific performance) begehrt, ohne selbst zur Erfüllung bereit zu sein; vgl. *Australian Hardwoods Pty. v. Comrs. for Railways* (1961) 1 All ER 737.

²⁾ S.o. S. 110, Fn. 6.
³⁾ (1975) 2 All ER 233 CA.

⁴⁾ S.o. S. 110, Fn. 6.

⁵⁾ S.o. Fn. 1.

⁶⁾ Stephenson LJ. in *Chappell v. The Times Newspapers* (1975) 2 All ER 233 CA 242 G: "They are not willing to do equity, and are in fact saying... you must not breach our contract, but I am free to do so."

Entlassungen gerichtet. Der Antrag wurde jedoch abgewiesen, weil die Kläger eine künftige Teilnahme am Streik nicht ausschließen konnten.¹⁾

Das Ergebnis der einstimmig ergangenen Berufungsentscheidung fasste Lord Denning wie folgt zusammen:²⁾

"I return to the decisive point. These men are seeking equity but are not ready to do it themselves. No injunction will be granted on their behalf."

Auch in diesem Fall kam das Gericht, ebenso wie in den zur Clean-Hands Maxime ergangenen Entscheidungen, nicht zu einer materiellrechtlichen Prüfung des durch die interlocutory injunction zu schützenden Rechts.³⁾

Damit bewirkt das treuwidrige Verhalten des Klägers nicht etwa eine Änderung des im Streit zwischen den Parteien befindlichen materiellrechtlichen Anspruchs; es werden vielmehr besondere prozessuale Treupflichten konstituiert, die dem Kläger vor allem gegenüber dem Gericht und nicht dem Beklagten gegenüber obliegen,⁴⁾ und von deren Erfüllung der Zugang zu einem Court of Equity abhängt.⁵⁾

¹⁾ Chappell v. The Times Newspapers (1975) 2 All ER 233 CA 234 C.

²⁾ A.a.O. Fn. 1, S. 241 C.

³⁾ Stephenson LJ. in Chappell v. The Times (1975) 2 All ER 233 CA 240 C: "I find it unnecessary to resolve these doubts because... they are not now entitled, for other reasons, to this interlocutory injunction, which is the only relief they claim."

⁴⁾ Dies ergibt sich aus folgender Formulierung von Geoffrey Lane LJ. in Chappell v. The Times (1975) 2 All ER 233 CA 240 E, die sich ähnlich in allen einschlägigen Entscheidungen wiederfindet: "It all benefits them in these circumstances to come to this court for relief and particularly equitable relief."

⁵⁾ Dementselbst eine Zulässigkeitsvoraussetzung, die man als Klagebefugnis verstehen könnte.

§ 14 Acquiescence und Delay

Acquiescence und Delay sind Gegenrechte, die nach Equity die Rechtsverwirklichung hindern. Im Hauptsacheverfahren haben diese Gegenrechte als Rechtsverzicht und Verwirkung materiellrechtliche Wirkung,¹⁾ während sie im vorläufigen Verfahren nur der Anordnung einstweiligen Rechtsschutzes entgegenstehen, ohne den Streitgegenstand der Hauptsache zu beeinflussen. Im einstweiligen Rechtsschutz finden diese Grundsätze daher viel bereitwilliger Anwendung als im Hauptsacheverfahren.²⁾

Den Beklagten trifft die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen beider Einreden,³⁾ während der Kläger, was praktisch weitaus schwieriger sein dürfte, diese glaubhaft gemachten Behauptungen entkräften muß.

I. Acquiescence

Hat der Kläger durch sein Verhalten erkennen lassen, daß er sich seines Rechtes begibt, so wird ihm der Rechtsschutz versagt. Lord Cottenham führte dazu in *Duke of Leeds v. Earl of Amherst*⁴⁾ aus:

"If a party having a right stands by and sees another dealing with the property in a manner inconsistent

¹⁾ Turner L.J. in *Johnson v. Wyatt* (1863) 2 D.J. & S. 18, 25: "...the dismissal of the bill upon the ground of acquiescence amounts to a decision that a right which has once existed is absolutely and forever lost."

²⁾ Snell, S. 639; 21 Halsbury 754 (e); Hambury, S. 67; Kerr, S. 22.

³⁾ 21 Halsbury 762, 768 ff.

⁴⁾ 2 Ph. 117, 123.

with that right, and makes no objection while the act is in progress, he cannot afterwards complain."

Der Begriff "acquiescence" kann daher als Rechtsverzicht durch konkludentes Verhalten verstanden werden.¹⁾

Die Voraussetzungen für die Anwendung der equitable doctrine of acquiescence wurden erstmals von Fry J. in Willmott v. Barber²⁾ umfassend dargelegt: Danach muß der Beklagte in gutgläubiger Überschreitung seiner Befugnisse Aufwendungen gemacht haben; der Kläger aber, dessen Recht verletzt wird, erkennt dies und ermutigt den Beklagten durch sein Verhalten zu weiteren Investitionen.

So wehrte sich etwa in Sayers v. Collyer³⁾ der Kläger dagegen, daß ein Nachbarhaus vertragswidrig als Bierverlag genutzt wurde. Das Gericht lehnte den Erlaß einer injunction ab, weil der Kläger bereits drei Jahre vor Klageerhebung von der vertragswidrigen Nutzung wußte und selbst zu den Kunden des Geschäfts gehört hatte.

Die 'Ermutigung'⁴⁾ des Beklagten kann aber auch in einem Unterlassen bestehen. Die Equity Gerichte nehmen insoweit eine Aufklärungspflicht des Klägers an,⁵⁾ deren schleichende Verletzung das Rechtsschutzbegehren

¹⁾ Das common law kennt eine entsprechende doctrine of estoppel by conduct; vgl. Procter v. Gennis (1887) 36 Ch.D. 740 CA 765.

²⁾ {1880} 15 Ch.D. 96, 105 f.

⁴⁾ {1884} 28 Ch.D. 103.

³⁾ Fry J. in Richards v. Reditt (1877) 7 Ch.D. 224, 226: "Defence of acquiescence and encouragement."

⁵⁾ Lord Cranworth in Ramsden v. Dyson (1866) L.R. 1 H.L. 129, 140 f: "It considers that, when I saw the mistake into which he had fallen, it was my duty to be active and to state my adverse title."

rechtsmißbräuchlich werden läßt.¹⁾ Daraus folgt, daß der bösgläubige Beklagte die Acquiescence-Einrede nicht geltend machen kann,²⁾ und daß andererseits dem in Unkenntnis seiner Rechtsposition handelnden Kläger die Einrede nicht entgegengehalten werden kann.³⁾

Die Acquiescence-Einrede ist ferner dann ausgeschlossen, wenn der Kläger vorangegangene, nur geringfügige Rechtsverletzungen geduldet hat,⁴⁾ oder vom Beklagten bestärkt, in dem Glauben war, es handle sich nur um eine vorübergehende Beeinträchtigung,⁵⁾ der alsbald wieder abgeholfen werde.⁶⁾

Der die Acquiescence-Einrede beherrschende Grundsatz, rechtsmißbräuchlichem Verhalten ("unconscionable behaviour"⁷⁾ die Unterstützung des Gerichts zu versagen, entspricht dem Selbstverständnis des Court of Equity als eines Court of Conscience.

Bei Ablehnung einer interlocutory injunction aufgrund der Acquiescence-Einrede bleibt dem Kläger die Durchführung des Hauptsacheverfahrens; greift die Einrede

¹⁾ Bowen LJ. in *Sayers v. Collyer* (1884) 28 Ch.D. 103 CA 109: "But the acquiescence which disentitles him to an injunction also precludes him from obtaining a declaration of title and makes it a frivolous action."

²⁾ *Ramsden v. Dyson* (1866) L.R. 1 HL 129, 141; *Procter v. Bennis* (1887) 36 Ch.D. 740 CA 760.

³⁾ *Malins VC in Weldon v. Dicks* (1878) 10 Ch.D. 247, 262: "There can only be acquiescence where there is knowledge." Ferner *Armstrong v. Sheppard* (1959) 2 All ER 651 CA.

⁴⁾ *Weston v. Mac Dermott* (1866) 2 Ch. App. 72; *Richards v. Revitt* (1877) 7 Ch.D. 224, 226.

⁵⁾ *Gordon v. Cheltenham and Great Western Union Railway Co.* 5 Beav. 229, 238.

⁶⁾ *A.-G. v. Birmingham Borough Council* (1858) 4 K & J 528.

⁷⁾ *Ward v. Kirkland* (1966) 1 All ER 609 ChD 624 E.

auch im Hauptsacheverfahren durch, so ist der Kläger damit auf Schadensersatzansprüche nach common law verwiesen. Selbst ohne Präklusivwirkung kann der Acquiescence-Grundsatz die Ermessensentscheidung des Gerichts zwischen vorbeugendem Rechtsschutz und Schadensersatz¹⁾ mit beeinflussen.²⁾

II. Delay

Die Verzögerungseinrede³⁾ beruht auf der Equity-Maxime "Delay defeats Equities".⁴⁾ Im Unterschied zur Acquiescence-Einrede, die auf einem irgendwie erkennbarem Rechtsverzicht beruht, handelt es sich bei der equitable defence of laches um einfaches Zögern bei der Klageerhebung.⁵⁾

Da einstweiliger Rechtsschutz auf Fälle äußerster Dringlichkeit beschränkt ist, führt übermäßiges Zögern (undue delay) bei der Antragsstellung zur Unzulässigkeit des Rechtsschutzbegehrens.⁶⁾ Der zögernde

¹⁾ Siehe die Ausführungen zum Lord Cairn's Act; § 3, S. 45 Fn. 1.

²⁾ Fry LJ. in *Sayers v. Collyer* (1884) 28 ChD 103 CA 110: "And I am clearly of opinion that acquiescence is one of those circumstances which the Court may take into consideration in deciding whether it should give damages or an injunction; and that an amount of acquiescence less than what would be a bar to all remedy, may operate on the discretion of the Court, and induce it to give damages instead of an injunction." Ebenso: *Shelfer v. City of London Electric Lighting Co.* pp. (1895) 1 Ch. 287 CA 322.

³⁾ Zu der für den einstweiligen Rechtsschutz nicht bedeutsamen Unterscheidung zwischen Verzögerungseinrede und Verjährungseinrede aufgrund eines Statute of Limitation, vgl. Keeton, S. 114.

⁴⁾ *Goulding J. in Comet Radiovision v. Farnell-Tandberg* (1971) 3 All ER 230 ChD 235 F: "...the maxim, vigilantibus non dormientibus jura subveniunt, is prayed in aid, that the plaintiff slept on his rights."

⁵⁾ Hanbury, S. 49.

⁶⁾ *Great Western Railway Co. v. Oxford, Worcester and Wolverhampton Railway Co.*

Kläger nämlich läßt erkennen, daß sein Klagebegehren nicht derart eilbedürftig ist, daß es den Erlaß einer interlocutory injunction rechtfertigen würde;¹⁾ ihm fehlt daher das Rechtsschutzbedürfnis für das Eilverfahren.²⁾

Im Hauptsacheverfahren ist die verspätete Klageerhebung nur dann bedeutsam, wenn die Verzögerung ausnahmsweise einer Acquiescence gleichkommt,³⁾ d.h. wenn der Beklagte im Vertrauen auf sein vermeintliches Recht infolge der unterlassenen Prozeßführung durch den Kläger zu Aufwendungen ermutigt wurde.

Da auch die Prüfung der "Verzögerungseinrede" Teil der richterlichen Ermessensentscheidung ist, lassen sich feste Fristen nicht bestimmen. So genügte dem Court of Chancery in *Bovill v. Crate*⁴⁾ ein Zeitraum von etwa 8 Monaten, um die Ablehnung einer interlocutory injunction allein auf die Verzögerungseinrede zu stützen, während der gleiche Zeitraum in *Cavendish House (Cheltenham) v. Cavendish Woodhouse*⁵⁾ den Erlaß einer injunction nicht hinderte.

Der Erfolg der Einrede jedenfalls hängt von den Umständen des Einzelfalles ab:⁶⁾ Bedarf es umfangreicher

-
- ¹⁾ Snell, S. 640.
²⁾ Megarry J. in *Shepherd Homes v. Sandham* (1970) 3 All ER 402 ChD 410 A: "...the plaintiff's promptitude is a badge of the seriousness of his complaint. ...I do not think it unfair to treat this tardiness as some measure of the company's need for the injunction." A.A. Wilson, S. 302, der die Einrede erst bei der Interessenabwägung berücksichtigt.
³⁾ *Hogg v. Scott* (1874) L.R. 18 Eq. 444, 454; *Fullwood v. Fullwood* (1878) 9 Ch.D. 176, 178 f.
⁴⁾ (1865) L.R. 1 Eq. 388.
⁵⁾ (1970) RPC 234 CA 236.
⁶⁾ *Leigh v. National Union of Railwaymen* (1969) 3 All ER 1249 ChD 1253 G.

Ermittlungen oder gar eines Sachverständigengutachtens vor Klageerhebung, so kann ein mehrmonatiges Warten unschädlich sein;¹⁾ ebenso kann die Tatsache, daß der Kläger den Prozeß vom Ausland aus führt, berücksichtigt werden.²⁾

Häufig ist die Einrede jedoch nur einer von mehreren Gesichtspunkten, die das Gericht zur Ablehnung einstweiligen Rechtsschutzes bewegen.³⁾

Schließlich kann das Gericht im Falle einer Ablehnung im Rahmen seiner Ermessensentscheidung andere Anordnungen treffen, damit der Kläger nicht völlig schutzlos das Hauptsacheverfahren abwarten muß. So wurde etwa in *Bovill v. Crate*,⁴⁾ einem Patentverletzungsfall, dem Beklagten aufgegeben, die aus dem umstrittenen Patent gezogenen Erlöse, einem Sonderkonto zuzuführen (to keep an account⁵⁾).

¹⁾ *Texaco v. Mulberry Filling Station* (1972) 1 All ER 513 ChD 527 G.

²⁾ *Harman Pictures v. Osborne* (1967) 2 All ER 324 ChD 327 G.

³⁾ So in *Mogul Steamship Co. v. Mc. Gregor, Gow & Co.* (1885) 15 Q.B.D. 476 CA 486; *Shepherd Homes v. Sandham* (1970) 3 All ER 402 ChD 410; *Comet Radiovision v. Farnell-Tandberg* (1971) 3 All ER 230 ChD 235.

⁴⁾ (1865) L.R. 1 Eq. 388, 392.
⁵⁾ S.o. § 11, S. 94 Fn.2.

§ 15 Die hypothetische Schadensfolge - Irreparable Damages

Als weitere Voraussetzung für die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes muß der Kläger darlegen, daß er ohne Eingreifen des Gerichts einen nicht wieder-
gutmachenden Schaden (irreparable damage) erleidet. Die Darlegungs- und Beweislast trifft den Kläger,¹⁾ wenngleich dieser Gesichtspunkt erst Gegenstand der Klageerwiderung ist.²⁾ Dieses Erfordernis der Darlegung hypothetischer Schadensfolgen beruht letztlich auf dem historisch bedingten Ausnahmecharakter des Rechtsschutzes durch injunctions gegenüber der Schadensersatzklage.³⁾ Es handelt sich dabei um ein grundlegendes Prinzip,⁴⁾ daß damit nicht auf den einstweiligen Rechtsschutz beschränkt ist,⁵⁾ sondern auch im Hauptsacheverfahren zu beachten ist.⁶⁾

Das Gericht prüft daher die Alternative Schadensersatz oder vorbeugender Rechtsschutz auch im vorläufigen Verfahren unter dem Gesichtspunkt eines besonderen Rechtsschutzinteresses oder Verfügungsgrundes. Die wechselseitige Abhängigkeit beider Rechtsschutzbegehren kommt dabei in einer Formel zum Ausdruck, wonach

¹⁾ Donmar Productions v. Bart (1967) 2 All ER 338 ChD 339; Texaco v. Mulberry Filling Station (1972) 1 All ER 513 ChD 528 F.

²⁾ Hoffmann-LaRoche v. Inter-Continental Pharmaceutical (1965) 2 All ER 15 CA 17.

³⁾ S.o. § 2; ferner Kötz, S. 155.

⁴⁾ Lindley LJ in London Blackwall Railway Co. v. Cross (1886) 31 Ch. 354 CA 369: "The very first principle of injunction law is that prima facie you do not obtain injunctions to restrain actionable wrongs, for which damages are the proper remedy."

⁵⁾ Hanbury, S. 64 f; a.A. Kerr, S. 17 f; Snell, S. 639.

⁶⁾ Doherty v. Allman (1878) 3 App.Cas. 709 HL 720 f; eine Entscheidung über eine final injunction.

die einstweilige Verfügung tatsächlich anstelle des Schadensersatzanspruchs gewährt wird, der für den Zeitraum der Rechtshängigkeit begründet wäre.¹⁾

Den Begriff "irreparable damage"²⁾ faßt die Rechtsprechung einmal als technischen Schadensbegriff auf. Danach ist ein hypothetischer Schaden irreparabel, wenn er namhaft³⁾ und durch Geldzahlung nicht angemessen auszugleichen wäre.⁴⁾

Dies sind alle die Fälle, in denen eine Restitution Schwierigkeiten bereiten würde, weil sich die Schadenshöhe nicht einwandfrei bemessen läßt.⁵⁾ Grundsatzentscheidung ist *London and Northwestern Railway Company v. Lancashire and Yorkshire Railway Company*,⁶⁾ wo eine von zwei rivalisierenden Eisenbahngesellschaften einen häufig benutzten Zugang zum Bahnhof der Klägerin durch Errichtung einer Mauer blockierte. Das Gericht entschied, daß der offenbare Zweck dieser Maßnahme, die Passagiere zu einem Umweg und gegebenenfalls zur Benutzung der eigenen Eisenbahn zu veranlassen, einen später nicht mehr feststellbaren Schaden hervorrufen würde. Es gewährte demgemäß einstweiligen

1) *Read v. Wotton* (1893) 2 Ch. 171, 174.

2) Auch "irreparable injury" oder "uncompensatable disadvantage".

3) Trivialschäden rechtfertigen nicht das Eingreifen des Court of Equity; vgl. *Aynsley v. Glover* (1874) L.R. 18 Eq. 544, 553. In solchen Fällen werden nach common law sog. "nominal damages" d.h. symbolische Schadensersatzleistungen zugesprochen; vgl. Henrich, S. 90.

4) *Lawrence J. in Litchfield Speer v. Queen Anne's Gate Syndicate* (No. 2) (1919) 1 Ch. 407, 411: "... the damage must be substantial and one which could not be adequately remedied by pecuniary payment."

5) *Evans Marshall v. Bertola* (1973) 1 All ER 992 CA 1005 F.

6) (1867) L.R. 4 Eq. 174.

Rechtsschutz durch Erlaß einer mandatory injunction in der damals noch üblichen indirekten Form.¹⁾

Auch der in Fällen von Patent- und Warenzeichenrechtsverletzungen drohende Verlust an goodwill²⁾ oder know how,³⁾ würde einen Schaden bedeuten, der finanziell nicht angemessen auszugleichen wäre. Ebenso führt der stets unangemessene, wenn nicht sogar unzulässige Ersatz des Affektionsinteresses dazu, daß vorbeugender und einstweiliger Rechtsschutz wegen des Grundsatzes "irreparable damages" gewährt wird.⁴⁾

Schließlich ist ein Schaden stets irreparabel wenn ein Schadensersatzanspruch gesetzlich ausgeschlossen ist, wie etwa bei der gutgläubigen Verletzung von Urheberrechten.⁵⁾ Die Einsicht in die Unangemessenheit von Schadensersatzleistungen in Verleumdungsfällen hat für den Sondertatbestand der Verleumdung eines Wahlkandidaten zu einer spezialgesetzlichen Regelung geführt,⁶⁾ wonach dem vorbeugenden und einstweiligen Rechtsschutz absoluter Vorrang eingeräumt wird.⁷⁾

¹⁾ (1867) L.R. 4 Eq. 174, 176; s.o. § 6 S. 61.

²⁾ Slick Brands v. Jollybird (1975) FSR 470 ChD; ebenso Evans Marshall v. Bertola (1973) 1 All ER 992 CA 1005 G bei "loss of goodwill and trade reputation" durch Vertragsbruch.

³⁾ Foseco v. Fordath (1975) FSR 507 ChD.

⁴⁾ So das Beispiel von Coleridge CJ in Mogul Steamship v. MacGregor pp (1885) 15 Q.B.D. 476 CA 486: "If a fine ornamental tree in a nobleman's park be cut down, the injury is practically irreparable."

⁵⁾ Copyright Act, 1956, s. 17.

⁶⁾ Representation of the People Act, 1949, s. 91 (1) (2) wonach die Glaubhaftmachung, daß die behauptete Tatsache unwahr sei, genügt, eine injunction zu erlangen.

⁷⁾ Dem Kläger wird einstweiliger Rechtsschutz selbst dann gewährt, wenn der Beklagte glaubhaft macht, die Behauptung sei wahr und vorträgt, er werde im

Das Rechtsschutzinteresse für die Anordnung einer interlocutory injunction fehlt indessen, wo der hypothetische Schaden nur den entgangenen Gewinn und etwa verwirkte Vertragsstrafen¹⁾ oder einen Lohnausfall²⁾ umfaßt. Selbst wo jedoch der Schaden zu bemessen wäre, kann das Gericht davon ausgehen, daß irreparabler Schaden droht: So etwa, wenn der Beklagte wegen seines geringen Einkommens oder Vermögens zu Schadensersatzleistungen nicht in der Lage wäre,³⁾ insbesondere dann, wenn ihm im vorläufigen Verfahren Armenrecht (legal aid) gewährt wird.⁴⁾ Gerade in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten erweist sich diese Entscheidungspraxis für die streikenden Arbeitnehmer als nachteilig, weil die Vollstreckung in das Gewerkschaftsvermögen unzulässig ist,⁵⁾ und die Streikenden selbst regelmäßig nicht in der Lage sind, Ausfallschäden zu ersetzen.

In der Entscheidung *Bloxam v. Metropolitan Railway Company*⁶⁾ schließlich hat das Gericht durch interlocutory injunction die Ausschüttung einer Dividende untersagt, weil die einmal gezahlte Dividende niemals zurückgezahlt würde, sollte sich im Hauptsacheverfahren die Rechtswidrigkeit des Verteilungsbeschlusses herausstellen.⁷⁾

Hauptsacheverfahren den Wahrheitsbeweis antreten; so die irische Entscheidung *Cullen v. Stanley* (1926) Ir.R. 73 zu dem entsprechenden irischen Gesetz (Irish Prevention of Electoral Abuses Act, 1923, s. 11 (1)(3)).

- 1) *Trucks & Spares v. Maritime Agencies* (1951) 2 All ER 982 CA 983 E, 984 C.
- 2) *Chappell v. The Times Newspapers* (1975) 2 All ER 233 CA 242 E.
- 3) *Stratford v. Lindley* (1964) 3 All ER 102 HL 111 G, 116 D.
- 4) *Hubbard v. Pitt* (1975) 3 All ER 1 CA 15 D.
- 5) Trade Disputes Act, 1906, s. 4 ss. 1.
- 6) (1868) 3 Ch.App. 337.
- 7) A.a.O. Fn. 6 (S. 354)

Ein anderer, rechtspolitischer Aspekt des Begriffes "irreparable damages" beruht auf dem Selbstverständnis des Court of Chancery als einer Billigkeitsinstanz.¹⁾ Insoweit prüft das Gericht nicht nur, ob die Schadensersatzleistung überhaupt möglich oder zu bemessen ist, sondern darüberhinaus, ob der Ersatz des Schadens einen fairen Ausgleich (fair compensation) darstellt. Unangemessen ist danach ein Schadensersatz, der sich letztlich als Handel entlarvt.²⁾

"Many judges have stated, and I emphatically agree with them, that a person by committing a wrongful act...is not thereby entitled to ask the Court to, sanction his doing so by purchasing his neighbour's rights, by assessing damages in that behalf, leaving his neighbour with the nuisance, or his lights dimmed, as the case may be."³⁾

Diese Auffassung, wonach durch Gewährung von Schadensersatz Rechtsverletzungen kommerzialisiert werden, berücksichtigt vor allem die Interessen wirtschaftlich schwacher Verfahrensbeteiligter.⁴⁾

In diesen Zusammenhang gehören nicht zuletzt auch einige neuere, rechtspolitisch motivierte Entscheidungen,⁵⁾ in

¹⁾ S.o. § 2 S. 33 ff.

²⁾ Kerr, S. 18.

³⁾ Smith LJ. in *Shelfer v. City of London Electric Lighting Co.* pp. (1895) 1 Ch. 287 CA 322; ebenso *Aynsley v. Glover* (1874) L.R. 18 Eq. 544, 552.

⁴⁾ Lord Sumner in *Leeds Industrial Co-operative v. Slack* (1924) A.C. 851 HL 872: "I doubt...whether it is complete justice to allow the big man, with his big building and his enhanced rateable value and his improvement of the neighbourhood, to have his way, and to solace the little man for his darkened and stuffened little house by giving him a cheque that he does not ask for."

⁵⁾ *Texaco v. Mulberry Filling Station* (1972) 1 All ER 513 ChD; *Evans Marshall v. Bertola* (1973) 1 All ER 992 CA; *Esso Petroleum v. Kingswood Motors* (1973) 3 All ER 1057 QBD; Streitgegenstand war jeweils die Verletzung von Alleinvertriebsverträgen (solus tie agreements).

under the contract, the plaintiff and defendant
have agreed to the plaintiff's right to the contract
and the defendant's right to the contract.

1. In *Evans Marshall v. Bertola* (1973)
100 F.2d 1000 S. The grant of these in-
terests would be in the trend of recent deci-
sions of the court, and the discretion,
in the case of the plaintiff, to set the contract
and to set the contract in circumstances
as obtain in this case. This trend works in
the interest of justice and also in the interests
of the proper conduct of commercial relations."

Zusammenfassung 4. Kapitel

Im einstweiligen Rechtsschutz durch interlocutory injunction finden allgemeine Grundsätze Anwendung, die Voraussetzung jeder Rechtsschutzgewährung nach Equity sind. Es handelt sich dabei entweder um Zulässigkeitsvoraussetzungen oder Einreden.

Zu diesen Grundsätzen gehören besondere Verhaltens- und Treupflichten, die dem Kläger dem Gericht gegenüber obliegen.

Das treuwidrige Verhalten des Klägers kann seinem Rechtsschutzbegehren entgegenstehen: Nach der Clean-Hands Maxime wird einstweiliger Rechtsschutz abgelehnt, wenn sich der Kläger vor Klageerhebung treuwidrig verhalten hat, während der Grundsatz "he who seeks equity must do equity" das künftige Verhalten des Klägers betrifft.

Acquiescence und Delay können als Einreden der Rechtsverwirklichung entgegenstehen: Die Acquiescence-Einrede setzt Einwilligung in eine Rechtsverletzung und Ermütigung des Beklagten voraus; in der Verzögerungseinrede manifestiert sich das besondere Dringlichkeitserfordernis des einstweiligen Rechtsschutzbegehrens. Beide Einreden haben im einstweiligen Rechtsschutz keine materiellrechtliche Wirkung.

Der Grundsatz "irreparable damages" findet im einstweiligen Rechtsschutz als ein vom Kläger darzulegendes besonderes Rechtsschutzbedürfnis Anwendung. Danach hängt die Anordnung einer interlocutory injunction davon ab, daß die drohende Rechtsverletzung durch Schadensersatz nicht angemessen auszugleichen wäre. Dieser Grundsatz ist Ausdruck der historisch bedingten Subsidiarität vorbeugender Rechtsschutzmaßnahmen nach Equity gegenüber der Schadensersatzklage nach Common Law.

5. Kapitel

Die materiellrechtlichen Voraussetzungen, Aufgabe und Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes durch die interlocutory injunction

Die Entscheidung über die Anordnung einer interlocutory injunction ist von besonderen Voraussetzungen abhängig, die nur für den einstweiligen Rechtsschutz Anwendung finden. Während die als allgemeine Grundsätze bezeichneten Rechtsbegriffe auf einer schon um die Jahrhundertwende gefestigten Rechtsprechung beruhen,¹⁾ sind diese besonderen Voraussetzungen gerade in den letzten zwei Jahrzehnten immer wieder Gegenstand sich zum Teil widersprechender Entscheidungen gewesen. Auffallend ist dabei die offensichtliche Scheu vor der Heranbildung verbindlicher Rechtsgrundsätze,²⁾ die zu einer stärkeren Ermessensbindung und damit zu einem Verlust an Flexibilität des Instituts der interlocutory injunction führen könnte.³⁾ Infolgedessen finden sich in den einschlägigen Entscheidungen oft nur Ausführungen zu dem die Entscheidung tragenden Grundsatz, während die übrigen Prinzipien entweder nur formelhaft wiedergegeben⁴⁾ oder überhaupt nicht angewendet werden.⁵⁾

¹⁾ S.o. 4. Kapitel, S. 105 ff.

²⁾ Denning MR in Hubbard v. Vosper (1972) 1 All ER 1023 CA 1029 H; der wortlaut des Zitats auf S. 35.

³⁾ Zu den rechtssoziologischen Hintergründen des "rule-scepticism" und dem Konflikt mit dem Prinzip der Rechtssicherheit siehe Hart, S. 121 ff.

⁴⁾ Etwa: Clifford Davis v. WEA Records (1975) 1 All ER 237 CA 241; Distillers Company v. The Times Newspapers (1975) 1 All ER 41 QBD 52 G, wo die Überprüfung der balance of convenience z.B. völlig unzureichend ist.

⁵⁾ Etwa: Emerald Construction v. Lowthian (1966) 1 All ER 1013 CA (keine Interessenabwägung).

§ 16 Die Lehre vom "prima facie case"

Gewährt das Gericht einstweiligen Rechtsschutz, so geht es nach Kerr¹⁾ von der Annahme aus, daß der zu sichernde materiellrechtliche Anspruch besteht und bis zur endgültigen Entscheidung eines besonderen Schutzes bedarf. Grundlage dieser Annahme ist eine materiellrechtliche Vorausprüfung der Hauptsache. Danach muß der Kläger darlegen, daß er zumindest mit Wahrscheinlichkeit im Hauptsacheverfahren obsiegt.²⁾

Wie die Entscheidungen *Elwes v. Payne*³⁾ und *Challender v. Royle*⁴⁾ zeigen, hatte sich das Erfordernis einer derartigen Hauptsacheprognose im vorläufigen Verfahren des 19. Jahrhunderts noch nicht allgemein durchgesetzt. Auch formelhafte Wendungen wie, das Gericht müsse zu der Überzeugung kommen, daß schwerwiegende⁵⁾ oder ernste Fragen⁶⁾ im Hauptsacheverfahren zu entscheiden seien, lassen noch nicht auf eine volle Schlüssigkeitsprüfung schließen. Danach wird lediglich geprüft, ob die Klage nicht offensichtlich unbegründet ist, während die umfassende materiellrechtliche Prüfung dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleibt.⁷⁾

¹⁾ A.a.O. S. 15: "The court interferes on the assumption that the party who seeks its interference has the legal right which he asserts, but needs the aid of the court for the protection of the property in question until the legal right can be ascertained."

²⁾ *Newson v. Pender* (1884) 27 Ch.D. 43 CA 65.

³⁾ (1879) 12 Ch.D. 468 CA.

⁴⁾ (1887) 36 Ch.D. 425 CA.

⁵⁾ *Bagallay LJ in Preston v. Luck* (1884) 27 Ch.D. 497 CA 505: "...a grave question to be decided at the hearing."

⁶⁾ *Cotton LJ in Preston v. Luck*, a.a.O. Fn. 5 (S. 506): "Serious question".

⁷⁾ Siehe auch *Newson v. Pender* (1884) 27 Ch.D. 42 CA 57.

Nach und nach setzte sich jedoch die Lehre vom prima facie case¹⁾ durch, so daß gegen Ende des 19. Jahrhunderts die materiellrechtliche Prüfung im einstweiligen Verfahren obligatorisch wurde.

Nach dieser Lehre muß der Kläger seinen Anspruch oder den Tatsachensatz einer Rechtsverletzung darlegen, den das Gericht anhand der eingereichten Beweiserklärungen (affidavits) nur vorläufig, also prima facie, nachprüfen kann.²⁾ Das Hauptsachbegehren wird nicht nur auf seine Sachlosigkeit,³⁾ sondern auch auf seine Beweisbarkeit hin überprüft. Nur ist nach englischem Zivilprozeßrecht eine Beweisaufnahme nur hinsichtlich streitiger Tatsachen erforderlich;⁴⁾ da jedoch nach der Lehre vom prima facie case einseitig nur das Klagebegehren untersucht wird, bedarf es einer umfassenden Würdigung aller erbrachten Beweise. Die Vorläufigkeit der richterlichen Entscheidung bezieht sich damit nur auf die Tatsachenfeststellung,⁵⁾ wobei das Gericht stillschweigend davon ausgeht, daß die Beweisführung des Klägers im Hauptsachverfahren die Gleiche ist.⁶⁾ Sachfragen Klägers werden im vorläufigen Verfahren, auch in summarischen Fällen, immer endgültig entschieden.⁷⁾

1) Offensichtlich ist in Wilson v. Lord Granville (1841) Cr. & Gr. 262, 263: "without prima facie case"; häufig auch in Verbindung mit anderen Adjektiven wie "fair" (1844, 5. 104) oder "good prima facie case" (Denning, 1961, 10 Cr. App. 1, 101; 1965) 3 All ER 764 CA 769.

2) So auch in der "prima facie case"; siehe etwa Stratford v. Dudley (1984) 3 All ER 102 HL 107 F, 111 F, 116 F.

3) Eine Klageabweisung ist nur erforderlich wenn ein prima facie case vorliegt, ansonsten ist ein "no case to answer" geboten; siehe Leaker, S. 293.

4) So auch in der englischen Kommentarliteratur III, S. 367.

5) "without, e. g. the necessity of a prima facie evidences".

6) Offensichtlich v. Boyle (1887) 36 Cr. D. 425 CA 436.

7) In der englischen Literatur, International Pharmaceutical (1965) 3 All ER 16 CA.

Die durch die Lehre vom prima facie case verwirklichte Akzessorietät der Eilentscheidung zur Hauptsacheentscheidung bedeutet nicht notwendigerweise, daß auch die Rechtsschutzbegehren in Eil- und Hauptsacheverfahren identisch sein müssen. Die Anordnung einer interlocutory injunction hängt damit nicht unbedingt von der Möglichkeit einer permanent injunction im Hauptsacheverfahren ab. Anderer Auffassung war Kerr J. in der Entscheidung *Evans Marshall v. Bertola*, wo er in erster Instanz ausführte:

"If the court is not satisfied, as I am not, that the plaintiffs have at least a reasonable, if not a strong prospect of obtaining a permanent injunction at the trial, then the court ... has no choice but to refuse an interlocutory injunction." 1)

Kerr stützte seine Auffassung auf ein dictum von Salmon LJ. in *Alfonal v. Stratenport*²⁾ und versagte die interlocutory injunction, weil er Zweifel hatte, ob im Hauptsacheverfahren eine final injunction oder eher Schadensersatz gewährt würde. Der Court of Appeal hob diese Entscheidung wegen Rechtsirrtums auf³⁾ und ordnete nach erneuter Überprüfung den begehrten einstweiligen Rechtsschutz an.

Das Erfordernis des prima facie case bezieht sich damit nur auf die Feststellung von Rechten und deren Verletzung, wohingegen die Art der Rechtsschutzgewährung in der Hauptsache keinen unmittelbaren Einfluß auf das Eilverfahren hat.⁴⁾

¹⁾ (1973) 1 All ER 992 CA 1003 E (cit).

²⁾ Vom 20.5.1969 unveröffentlicht, jedoch zitiert in *Evans Marshall v. Bertola* (1973) 1 All ER 992 CA 1003.

³⁾ Sachs LJ. in *Evans Marshall v. Bertola*, a.a.O. Fn. 3 (S. 1004 E).

⁴⁾ Eine Beeinflussung der Ermessensentscheidung des Gerichts ist allerdings denkbar; vgl. Pettit, S. 394.

In den beiden urheberrechtlichen Entscheidungen *Donmar Productions v. Bart*¹⁾ und *Harman Pictures v. Osborne*²⁾ wurde das Erfordernis des *prima facie case* auf die Feststellung der Rechtsinhaberschaft (Sachbefugnis) beschränkt, während für die Feststellung der Rechtsverletzung mindere Anforderungen genügen sollten; insoweit sei eine leidliche Erfolgsaussicht im Hauptsacheverfahren ausreichend.³⁾

Diese Rechtsauffassung von einer abgestuften materiellrechtlichen Vorausprüfung im vorläufigen Verfahren wurde vom Court of Appeal in *Hubbard v. Vosper*⁴⁾ einstimmig abgelehnt. In dieser Entscheidung wurde die Lehre vom *prima facie case* zu einer umfassenden materiellrechtlichen Vorausprüfung weiterentwickelt. Entscheidend für die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes ist danach nicht mehr die Schlüssigkeit und Beweisbarkeit des Klagebegehrens, sondern dessen Erfolgsaussicht unter Berücksichtigung auch der Klagerwiderrung, einschließlich der sie stützenden Beweise:

"In considering whether to grant an interlocutory injunction, the right cause for a judge is to look at the whole case. He must have regard not only to the strength of the claim but also to the strength of the defence, and then decide what is best to be done."⁵⁾

¹⁾ Vom 5.6.1964, veröffentlicht: (1967) 2 All ER 338 ChD.
²⁾ (1967) 2 All ER 324 ChD.

³⁾ Goff J. in *Harman Pictures v. Osborne* (1967) 2 All ER 324 ChD 336 C.

⁴⁾ (1972) 1 All ER 1023 CA 1030 J (Megaw LJ): "To my mind it is impossible and unworkable to lay down different standards in relation to different issues which fall to be considered in an application for an interlocutory injunction."

⁵⁾ Denning MR. in *Hubbard v. Vosper* (1972) 1 All ER 1023 CA 1029 G.

Diese prima facie Überprüfung der Schlüssigkeit des Klagebegehrens und der Erheblichkeit des Beklagtenvorbringens, die Lord Denning als ein Abschätzen der "relative strength of each party's case"¹⁾ bezeichnet, kommt einem vollständigen Erkenntnisverfahren gleich. Den einzigen Unterschied zum Hauptsacheverfahren stellen die minderen Beweisanforderungen dar. Die Vorläufigkeit der Eilentscheidung durch interlocutory injunction ist daher bei dieser umfassenden materiellrechtlichen Vorausprüfung nur noch insoweit gegeben, als das Gericht im Hauptsacheverfahren aufgrund einer regulären Beweisaufnahme zu abweichenden Tatsachenfeststellungen kommen könnte. In einem solchen Fall können sich zwangsläufig auch andere Rechtsfolgen ergeben, die nicht Gegenstand der Entscheidung über die interlocutory injunction waren. Wenn daher Rechtsfragen im einstweiligen Verfahren endgültig entschieden werden, so bezieht sich das nur auf die Rechtsfolgen, die sich auf der Grundlage der vorläufigen Tatsachenfeststellungen ergeben; hypothetische Rechtsfragen sind nicht Gegenstand der Entscheidung über die interlocutory injunction.²⁾

¹⁾ *Fellowes v. Fisher* (1975) 2 All ER 829 CA 836 B.

²⁾ Lord Donovan in *Stratford v. Lindley* (1964) 3 All ER 102 HL 117 C: "Furthermore the present proceedings are interlocutory proceedings in a case in which the facts may well not have been fully and accurately ascertained. It is not, therefore, an occasion for deciding disputed propositions of law based on alternative hypotheses as to what the crucial facts may hereafter turn out to be. It is desirable, I venture to think, that the minimum necessary to refuse or to restore the injunction should alone be decided."

§ 17 Das Prinzip der Interessensabwägung nach the balance of convenience

Die durch die Lehre von prima facie case garantierte materiellrechtliche Voraussetzung im vorläufigen Verfahren ist nicht immer geeignet, die Erfolgsaussichten der klagenspezifischen Streitentscheidung festzustellen. Dies ist immer dann der Fall, wenn das Gericht im Eilverfahren empfindet, sich widersprechende Beweise zu liefern; dann kommt die Unzulänglichkeit dieser Beweismittelungen in Form von "affidavits", die mit einem kontinuierlichen Zeugen- oder Sachverständigenausgang an den anwaltlichen Kleriker nicht zu verdrängen sind.) Die Entscheidung über die Anordnung einer interlocutory injunction trifft das Gericht dann nach einer Interessenabwägung nach der Lehre von the "balance of convenience".

Die Veranschaulichung dieses Vorgehens führt Megaw LJ²⁾ wie folgt dar: Das Beispiel ist:

"We can easily imagine a case in which the plaintiff seemed to have a 50 per cent chance of establishing his claim, but in which the damage to the defendant from the granting of the interlocutory injunction, if the 50 per cent defence proved to be right would be as great compared with the triviality of the damage to the plaintiff if he is refused the injunction, that an interlocutory injunction should be refused."

1) James LJ. in *McCrell v. Henry* (1880) 15 ChD 181 CA 191: "...there is such a conflict of evidence that... the matter cannot be safely dealt with upon an interlocutory application when the witnesses have not been cross-examined. In order to come to a satisfactory conclusion it is necessary to know what the witnesses would say when they are using their own words in answers to questions not leading, whereas we have before us only affidavits which are answers in the witnesses' words to questions the most leading possible." Siehe ferner *Casey*, S. 356 f.
2) *Robert v. Vossler* (1972) 1 All ER 1023 CA 1030 H.

Daraus folgt, daß in Fällen einer 100-prozentigen Hauptsacheprognose eine Entscheidung aufgrund der balance of convenience entbehrlich ist.¹⁾ In solchen Fällen sind die Tatsachen bereits im vorläufigen Verfahren unstreitig; zu entscheiden sind lediglich Rechtsfragen.²⁾ Nur wo Zweifel bei der Tatsachenfeststellung bleiben, hängt die Entscheidung über die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes von der Interessenabwägung ab.³⁾

Bei der Entscheidung, ob die balance of convenience für oder gegen den Erlaß einer interlocutory injunction spricht, wägt das Gericht die widerstreitenden Interessen der Verfahrensbeteiligten ab: Durch die interlocutory injunction begehrt der Kläger Schutz vor Rechtsverletzungen, die durch Schadensersatz nicht angemessen auszugleichen sind. Diesem "Rechtsschutzinteresse" des Klägers steht das ebenfalls schutzwürdige Interesse des Beklagten gegenüber, an der Ausübung seiner Rechte nicht durch einstweilige Verfügungen gehindert zu werden und dadurch irreparablen Schaden zu erleiden, falls der Kläger im Hauptsacheverfahren unterliegen sollte.⁴⁾

Das Gericht stellt damit die jeweiligen hypothetischen Schäden beider Verfahrensbeteiligter für die Zeit der

¹⁾ Woollerton & Wilson v. Richard Costain (1970) 1 All ER 483 ChD 486 unter Berufung auf Stoker v. Planet Building Society (1879) 27 WR 877 CA 878.

²⁾ So etwa in Duchess of Argyll v. Duke of Argyll (1965) 1 All ER 611 ChD 616 B; Hoffmann-LaRoche v. Intercontinental Pharmaceuticals (1965) 2 All ER 15 CA; Leigh v. N.U. of Railwaymen (1969) 3 All ER 1249 ChD 1253 I; Total Oil v. Thompson Garages (1971) 3 All ER 1226 CA; T. Lucas v. Mitchell (1972) 3 All ER 689 CA. Häufig beantragen die Parteien dann auch das einstweilige Verfahren als Hauptsacheverfahren zu behandeln; s.o. § 9.

³⁾ Bridson v. McAlpine 8 Beav. 229, 230.
⁴⁾ American Cyanamid v. Ethicon (1975) 1 All ER 504 HL 509 C.

Rechtshängigkeit fest. Zunächst geht das Gericht von der Annahme aus, daß der Kläger im Hauptsacheverfahren obsiegt und schätzt den Schaden ab, der ihm ohne Anordnung einstweiligen Rechtsschutzes entstehen würde; danach ist der Schaden, der dem obsiegenden Beklagten durch die interlocutory injunction entstehen würde, festzustellen.

Bei der Abwägung dieser voraussichtlichen Schäden steht nicht die absolute Schadenshöhe im Vordergrund, sondern vielmehr das Ausmaß des jeweiligen irreparablen Schadens. Die balance of convenience umfaßt daher nur die hypothetischen Schäden, die nicht angemessen durch Geldzahlung auszugleichen sind.¹⁾ Das Schadensrisiko im Übrigen ist durch das "undertaking in damages" des Klägers und das entsprechende "cross-undertaking" des Beklagten abgesichert.²⁾ Auch nach der Lehre von der balance of convenience ist damit das Prinzip der Vorrangigkeit der Schadensersatzklage (remedy at law), das die Equity Rechtsprechung beherrscht, verwirklicht.

Der Gegenstand der balance of convenience, nämlich die Abwägung der irreparablen Schäden der Verfahrensbeteiligten, hängt eng mit dem Prinzip "irreparable damages" zusammen, und nicht immer trennt die Rechtsprechung beide Gesichtspunkte.³⁾ Dogmatisch ist eine Abgrenzung

¹⁾ Lord Diplock in *American Cyanamid v. Ethicon* (1975) 1 All ER 504 HL 511 A: "It is where there is doubt as to the adequacy of the respective remedies in damages available to either party or to both, that the question of balance of convenience arises."

²⁾ S.o. § 11.

³⁾ So etwa *Elwes v. Payne* (1879) 12 ChD 468 CA 479 oder *Doherty v. Allman* (1878) 3 App. Cas. 709 HL 720 wo bei einer perpetual injunction der Begriff "balance of convenience" gebraucht wird, obwohl offensichtlich der Grundsatz "irreparable damages" gemeint ist.

jedoch geboten:¹⁾ Während die Anwendung des Grundsatzes "irreparable damages" nicht auf den Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes beschränkt ist, sondern nach der hier dargelegten Auffassung²⁾ als allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzung für vorbeugende Rechtsschutzmaßnahmen überhaupt verstanden werden muß, erschöpft sich der Anwendungsbereich der balance of convenience im Eilverfahren.³⁾ Die Feststellung, daß der voraussichtliche Schaden des Klägers ausgleichsfähig ist, führt immer zur Ablehnung des Rechtsschutzbegehrens, unabhängig von jeder materiellrechtlichen Prüfung.⁴⁾ Demgegenüber erfolgt die Interessenabwägung im Rahmen der Begründetheitsprüfung,⁵⁾ wobei die Feststellung, daß dem Kläger ein irreparabler Schaden droht, bereits getroffen ist. Maßgebend ist insoweit nur noch das Ausmaß dieses Schadens im Vergleich zu dem irreparablen Schaden des Beklagten.

Die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß die balance of convenience die Anordnung einstweiligen Rechtsschutzes rechtfertigt, trifft ausnahmslos den Kläger, der damit glaubhaft machen muß, daß sein irreparabler

1) Kerr, S. 17 f, 24 ff; Pettit, S. 394 ff; Snell, S. 638 f, behandeln diese Rechtsbegriffe getrennt, ohne sie jedoch voneinander abzugrenzen.

2) S.o. § 15, S. 119.

3) Ungood-Thomas, J. in *Texaco v. Mulberry Filling Station* (1972) 1 All ER 513 ChD 528 F: "Lord Cairn's LC's reference to 'balance of convenience' is readily associated in our generation with interlocutory injunction." 4) Lord Diplock in *American Cyanamid v. Ethicon* (1975) 1 All ER 504 HL 510 G: "If damages in the measure recoverable at common law would be adequate remedy and the defendant would be in a financial position to pay them, no interlocutory injunction should normally be granted, however strong the plaintiff's claim appeared to be at that stage."

5) Zwar ist dem anglo-amerikanischen Recht die Unterscheidung von Zulässigkeit und Begründetheit eines Rechtsschutzbegehrens fremd, die entsprechenden Folgerungen werden jedoch auch gezogen; d.h. Zurückweisung der Klage ohne materiellrechtliche Prüfung, wenn eine Zulässigkeitsvoraussetzung fehlt.

Zwar werden grundsätzlich nur die Interessen der Verfahrensbeteiligten bei der Entscheidung nach der balance of convenience berücksichtigt.¹⁾ Erweisen sich jedoch die drohenden irreparablen Schäden als gleichwertig oder sieht das Gericht sich nicht in der Lage, aufgrund der vorläufigen Beweisführung zugunsten einer Partei zu entscheiden, so können auch die Auswirkungen der Entscheidung auf nicht am Verfahren Beteiligte in Betracht gezogen werden. So etwa die Interessen potentieller Käufer im wettbewerbsrechtlichen Streit zwischen Groß- und Einzelhändler.²⁾

Nicht immer wird die Interessenabwägung jedoch so vorgenommen wie es nach der Lehre von der balance of convenience erforderlich ist. So richtet sich bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten die Kritik³⁾ vor allem gegen die übliche Feststellung des Gerichts, dem Kläger drohe irreparabler Schaden,⁴⁾ während die streikende Gewerkschaft keinen oder nur geringen Schaden erleiden würde.⁵⁾ Tatsächlich aber sei der potentielle Schaden des Klägers leicht zu bemessen, während die Gewerkschaft etwa einen finanziell nicht abzuschätzenden Vertrauensschwund hinnehmen müßte.

Problematisch ist ferner die Beachtung grundlegender Wertungen der Rechtsordnung im Rahmen der Interessenabwägung. So etwa wenn die Verwirklichung von Grundrechten

-
- 1) Baggalay J. in *Plimpton v. Spiller* (1876) 4 ChD 286 CA 291 f.
 - 2) *Comet Radovision v. Farnell-Tandberg* (1971) 3 All ER 230 ChD 235 J, 236 A; siehe dazu auch § 6, S. 67.
 - 3) Casey, S. 355 f und die dort wiedergegebene Kritik der British T.U.C. in *Trade Unionism 1966* an dem Bericht der Donovan Commission; ferner Davies/Anderman, S. 223.
 - 4) S.o. § 15, S. 122.
 - 5) *Stratford v. Lindley* (1964) 3 All ER 102 HL 116 C; *Daily Mirror v. Gardner* (1968) 2 All ER 163 CA 170 F, 172 A.

mit dem Schutzbedürfnis privater Vermögensinteressen¹⁾ oder der persönlichen Ehre kollidiert. Die in allen presserechtlichen Streitigkeiten auftretende Kollision der Pressefreiheit mit dem Ehrenschatz des Klägers wurde in *Fraser v. Evans*²⁾ zugunsten der Informationsfreiheit entschieden, wobei es genügte, daß die Zeitung eine wahre und ausgewogene Berichterstattung zusicherte (*defence of justification and fair comment*³⁾).

Die gleichen Grundsätze schließlich müssen bei der Abwägung des Rechts auf Demonstrationsfreiheit mit dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gelten. Welche Bewertungsschwierigkeiten dabei im Einzelfall auftreten, wird in der Entscheidung *Hubbard v. Pitt*⁴⁾ anschaulich. Diese Berufungsentscheidung hatte sich mit der Frage der Rechtmäßigkeit einer interlocutory injunction zu befassen, die ein Grundstücksmakler gegen eine Bürgerinitiative erwirkt hatte. Ziel dieser Bürgerinitiative war es, ein fragwürdiges Stadt-sanierungskonzept des Klägers der Öffentlichkeit nahe-zubringen. Das Gericht entschied zugunsten des Klägers, wobei jedoch Lord Denning eine abweichende Auffassung vertrat, weil er das Recht auf Demonstrationsfreiheit grundsätzlich als höherwertig einschätzte.⁵⁾

¹⁾ Elias, S. 193; Gore, S. 678.

²⁾ (1969) 1 All ER 8 CA; vgl. ferner *Bonnard v. Perryman* (1891) 2 Ch. 269 CA mit dem gleichen Ergebnis, allerdings ohne Interessenabwägung.

³⁾ Copyright Act, 1956, s. 6 (2)(3); anders entschied der High Court in *Distillers v. The Times* (1975) 1 All ER 41 QBD.

⁴⁾ (1975) 3 All ER 1 CA.

⁵⁾ *Hubbard v. Pitt* (1975) 3 All ER 1 CA 4 ff; kritisch insoweit auch Davies, S. 241.

§ 18 Der Grundsatz "status quo" und die Funktion
des einstweiligen Rechtsschutzes durch die
interlocutory injunction

Untersucht man die Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes durch die interlocutory injunction so läßt sich daraus einmal die Frage nach dem zulässigen Inhalt vorläufiger Maßnahmen beantworten, darüberhinaus aber auch die rechtspolitische Frage nach dem Verhältnis des Eilverfahrens zum Hauptsacheprozeß klären.

Nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung¹⁾ und Schrifttum²⁾ erschöpft sich der Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes in der Erhaltung des "status quo" für die Dauer des Rechtsstreits. Eine bestimmte Situation wird festgeschrieben, und der Beklagte gehindert, den Kläger vor vollendete Tatsachen zu stellen.³⁾ Die Rechtshängigkeit der Hauptsache allein kann diesen Schutz nicht bieten.⁴⁾

Was aber ist nun der status quo, den die einstweilige Verfügung garantieren soll? Im Falle der Verbotsverfügung ist es regelmäßig der Zustand vor Klageerhebung, so daß eine bereits eingetretene Rechtsverletzung zu dulden ist, aber weitere Verletzungshandlungen unter-

-
- 1) Plimpton v. Spiller (1876) 4 Ch.D. 286 CA 289; Preston v. Luck (1884) 27 Ch.D. 497 CA 505; Jones v. Paccaya Rubber (1910) 1 KB 455 CA 457; Canadian Pacific v. Gaud (1949) 2 KB 239 CA 250; Stratford v. Lindley (1964) 3 All ER 102 HL 111 F, 116 C; Evans Marshall v. Bertola (1973) 1 All ER 992 CA 1007 G.
- 2) Hanbury, S. 66; Kerr, S. 2; Pettit, S. 393; Snell, S. 336; Walker, S. 259.
- 3) Lawson, S. 219: "The object he has in mind is to "freeze" the present situation and prevent the defendant from presenting him with a fait accompli."
- 4) London & County Banking v. Lewis (1882) 21 Ch.D. 490 CA 491.

sagt werden.¹⁾ Auch durch die Leistungsverfügung (mandatory injunction) wird der status quo Grundsatz verwirklicht. In diesen Fällen wird der vor Klageerhebung bestehende Zustand vom Beklagten treuwidrig verändert, so daß die Leistungsverfügung lediglich zur Wiederherstellung des status quo angeordnet wird.²⁾ Es wird daher nicht etwa der vollständige Abriß einer Mauer verfügt, die das angebliche Nachbarrecht des Klägers beeinträchtigt; vielmehr ist, wie in der Entscheidung Von Joel v. Hornsey,³⁾ nur der Teil der Mauer abzureißen, der gebaut wurde, nachdem der Kläger den Beklagten von seiner Absicht, Klage zu erheben, unterrichtet hat.⁴⁾

Bei sofortiger Klageerhebung ist der status quo immer der Zustand, der vor Eintritt einer angeblichen Rechtsverletzung geherrscht hat. Dieser Zustand ändert sich jedoch wenn der Kläger die Rechtsverletzung einige Zeit duldet und dann verspätet Klage erhebt.⁵⁾ So stellte das Gericht in der Entscheidung Shepherd Homes v. Sandham⁶⁾ fest, daß nach fünfmonatigem Zögern der zu schützende status quo der durch die angebliche Rechtsverletzung geschaffene Zustand sei. Die Klägerin hatte damit für die Dauer des Rechtsstreits den Zaun zu dulden, der durch interlocutory mandatory injunction hätte entfernt werden sollen.

¹⁾ Texaco v. Mulberry Filling Station (1972) 1 All ER 513 ChD 529 F.

²⁾ S.o. § 6.

³⁾ (1895) 2 Ch. 774 CA.

⁴⁾ Der durch Abriß wiederherzustellende status quo wurde in Von Joel v. Hornsey (a.a.O. Fn. 3) durch eine rote Linie auf einer Photographie bestimmt.

⁵⁾ S.o. die Ausführungen zu Delay, § 14 II.

⁶⁾ (1970) 3 All ER 402 ChD 410 B.

Der status quo Grundsatz, der auf einer sehr alten¹⁾ und bedeutenden²⁾ Rechtsprechung des Court of Chancery beruht, erfüllt eine Doppelfunktion: Einmal schützt er den Kläger vor Rechtsverlust und zum anderen erleichtert er dem Gericht die Aufgabe der Rechtsschutzgewährung in der Hauptsache.³⁾ In der Entscheidung Jones v. Pacaya Rubber and Produce Company⁴⁾ wurde er zum beherrschenden Grundsatz einstweiligen Rechtsschutzes erhoben und seine Verwirklichung nicht richterlichem Ermessen, sondern zwingendem Recht unterstellt.⁵⁾ Demgegenüber betont die neuere Rechtsprechung des Court of Appeal⁶⁾ den Ermessenscharakter vorläufiger Entscheidungen und sieht demgemäß die Funktion einstweiligen Rechtsschutzes nicht mehr ausschließlich in der Erhaltung des status quo.⁷⁾ Auch erweist sich die Lehre vom status quo nicht bei allen Maßnahmen vorläufigen Rechtsschutzes als tragfähiges Prinzip. So etwa paßt die Konzeption

¹⁾ Leney v. Callingham (1908) 1 K.B. 79 CA 84.

²⁾ Greenslade v. Dare (1853) 17 Beav. 502, 504; siehe ferner § 2, S. 42 f.

³⁾ Smith v. Peters (1875) L.R. 20 Eq. 511, 513; Lawson S. 219; Snell, S. 636 f: "...facilitating the administration of justice at the trial." Ebenso Preston v. Luck (1884) 27 Ch.D. 497 CA 505.

⁴⁾ (1911) 1 K.B. 455 CA 457.

⁵⁾ Buckley JA. in Jones v. Pacaya Rubber (1911) 1 K.B. 455 CA 458: "All injunctions are in one sense a matter of discretion, but it is a matter of right that upon proper terms the property shall be maintained in statu quo pending the trial." Ebenso Donmar Productions v. Bart (1967) 2 All ER 338 ChD 339 F.

⁶⁾ Fraser v. Evans (1969) 1 All ER 8 CA; Hubbard v. Vosper (1972) 1 All ER 1023 CA; Evans Marshall v. Bertola (1973) 1 All ER 992 CA; Hubbard v. Pitt (1975) 3 All ER 1 CA.

⁷⁾ Denning MR. in Hubbard v. Vosper (1972) 1 All ER 1023 CA 1029 G: "Sometimes it is best to grant an injunction so as to maintain the status quo until trial. At other times it is best not to impose a restraint on the defendant but leave him free to go ahead."

vom status quo nicht bei der einstweiligen Durchsetzung von Beschäftigungs-¹⁾ oder Kündigungsverböten,²⁾ während bei einstweiligen Regelungen streitiger Rechtsverhältnisse die Verbotsverfügung auf Wiederherstellung eines "status quo ante" gerichtet ist.³⁾ Auch in den Eilverfahren des gewerblichen Rechtsschutzes kommt dem Grundsatz nur geringe Bedeutung zu.⁴⁾

Entscheidend ist jedoch, daß der status quo Grundsatz einseitig nur die Interessen des Klägers berücksichtigt und damit der Lehre von der balance of convenience widerspricht.

Ausgehend vom Prinzip der Schadensabwägung läßt sich die Funktion einstweiliger Rechtsschutzmaßnahmen darin sehen, den irreparablen Schaden beider Verfahrensbeteiligten möglichst gering zu halten.⁵⁾ Nach dieser Auffassung kann auch die Ablehnung einer interlocutory injunction als Maßnahme einstweiligen Rechtsschutzes gesehen werden. Gewährung wie Versagung vorläufigen Rechtsschutzes dienen damit dem gleichen Zweck, irreparable Schäden größeren Ausmaßes im Interesse beider Verfahrensbeteiligter bis zur endgültigen Entscheidung zu vermeiden. Schließlich bleibt der Kläger auch bei Ablehnung einer

¹⁾ Hivac v. Park Royal (1946) 1 Ch. 169 CA; Fellowes v. Fisher (1975) 2 All ER 829 CA.

²⁾ Chappell v. The Times Newspapers (1975) 2 All ER 233 CA.

³⁾ Hill v. Parsons (1971) 3 All ER 1345 CA 1354 H.

⁴⁾ Wilson, S. 302.

⁵⁾ James LJ. in Elwes v. Payne (1879) 12 Ch.D. 468 CA 476: "...keeping things in such a state as to do the least injury to the person who turns out eventually to be right." Prescott, S. 169: "...the court...acts merely to minimise the sum total of irreparable damage to the litigants."

interlocutory injunction selten völlig schutzlos bis zum Hauptsacheverfahren: Häufig wird dem Beklagten, gerade im gewerblichen Rechtsschutz, auferlegt, die Erlöse aus der angeblichen Rechtsverletzung, einem Sonderkonto zuzuführen (undertaking to keep an account¹⁾) oder bei Gericht zu hinterlegen (payment of profits into court²⁾). Auch die Anordnung eines beschleunigten Hauptsacheverfahrens (speedy trial³⁾) gehört in diesem Sinne zu den Maßnahmen einstweiligen Rechtsschutzes.

Sieht man die Funktion vorläufigen Rechtsschutzes in der Vermeidung irreparabler Schäden, so folgt daraus als Kriterium für den zulässigen Inhalt einstweiliger Verfügungen das Prinzip der Verhältnismäßigkeit richterlicher Maßnahmen. Dies läßt sich etwa an dem urheberrechtlichen Verfahren *Harman Pictures v. Osborne*⁴⁾ zeigen: Während der Dreharbeiten zu einem Film erhoben die Kläger Klage auf Unterlassung von Urheberrechtsverletzungen. Ein gleichzeitiger Antrag auf Erlaß einer interlocutory injunction führte nicht zu der zunächst begehrten Einstellung der Dreharbeiten,⁵⁾ sondern nur zu dem Verbot, den fertiggestellten Film aufzuführen oder zu verleihen. Damit konnten

1) *Bovill v. Crate* (1865) 1 Eq. 388, 392; *Mitchell v. Henry* (1880) 15 Ch.D. 181 CA 192 f; *Holophone v. Berend* (1897) 15 R.P.C. 18; *Spencer v. Holt* (1903) 20 R.P.C. 142; *Bonnella v. Espir* (1926) 43 R.P.C. 159; *Clifford Davis v. WEA Records* (1975) 1 All ER 237 CA 241 C F.

2) *Pneumatic Tyre v. Goodman* (1896) 13 R.P.C. 723; *Jones v. Pacaya Rubber* (1911) 1 K.B. 455 CA 459.

3) *Edison Bell v. Hough* (1894) 11 R.P.C. 594; siehe ferner § 9, S. 85. Ein speedy trial kann auch zusätzlich zu einer injunction angeordnet werden.

4) (1967) 2 All ER 324 ChD.

5) Was aber dem status quo Grundsatz entsprochen hätte.

die Beklagten bis zum Hauptsacheverfahren die Dreharbeiten auf eigene Gefahr fortsetzen, ohne einen Schaden zu erleiden, falls sich die Klage als unbegründet erweisen sollte. Sollte die Klage dagegen Erfolg haben, so wäre der Schaden der Beklagten auch ohne Anordnung einstweiligen Rechtsschutzes entstanden.¹⁾ In jedem Fall aber waren die Kläger vor irreparablen Schäden geschützt.²⁾

Abgesehen von der schnellen und damit effektiven Rechtsschutzgewährung für den Kläger, ist die an der Interessenabwägung orientierte Funktion des Eilverfahrens - irreparable Schäden beider Verfahrensbeteiligter nach Möglichkeit zu vermeiden - vor allem auf das Hauptsacheverfahren ausgerichtet. Der vorläufigen Entscheidung kommt damit im Hinblick auf das Hauptsacheverfahren eine Hilfsfunktion zu, denn auch im Hauptsacheverfahren muß vorbeugender Rechtsschutz möglich sein, wenn Rechtsverletzungen mit irreparablen Schadensfolgen nicht durch unangemessene Schadensersatzleistungen ausgeglichen werden sollen.

¹⁾ Harman Pictures v. Osborne (1967) 2 All ER 324 ChD 336 G.

²⁾ Goff J. in Harman Pictures v. Osborne (a.a.O. Fn. 1) bezeichnet dieses Ergebnis zwar auch als status quo; es handelt sich jedoch nicht um die Erhaltung des Zustandes im Zeitpunkt der Klageerhebung.

Zusammenfassung 5. Kapitel

Die materiellrechtlichen Voraussetzungen einstweiligen Rechtsschutzes durch die interlocutory injunction sind eine Hauptsacheprognose (prima facie case) und eine Interessenabwägung (balance of convenience).

Nach der Lehre vom prima facie case wird das Hauptsachebegehren im vorläufigen Verfahren auf seine Schlüssigkeit und Beweisbarkeit anhand der präsenten Beweismittel überprüft. Die Ausdehnung dieser Lehre auf die prima facie Überprüfung auch der Erheblichkeit und Beweisbarkeit des Beklagtenvortrags führt zur Feststellung der "relative strength of each party's case", und damit zu einer umfassenden materiellrechtlichen Vorausprüfung im Eilverfahren.

Außer dieser Hauptsacheprognose entscheidet das Gericht aufgrund einer Interessenabwägung (balance of convenience), wenn sich Zweifel bei der Tatsachenfeststellung ergeben. Die balance of convenience besteht in einer Abwägung der jeweiligen irreparablen Schäden beider Verfahrensbeteiligten für die Zeit der Rechtshängigkeit. Den Kläger trifft die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß die Anordnung einstweiligen Rechtsschutzes nach der balance of convenience gerechtfertigt ist.

Nach Überwiegender Auffassung besteht die Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes in der Erhaltung des status quo für die Dauer der Rechtshängigkeit der Hauptsache. Danach wird einseitig nur das Interesse des Klägers an raschem, effektivem Rechtsschutz berücksichtigt. Eine andere, an der Interessenabwägung orientierte Ansicht, sieht die Aufgabe einstweiligen

Rechtsschutzes in der Vermeidung irreparabler Schäden für beide Verfahrensbeteiligte. Ablehnung oder Anordnung der interlocutory injunction muß danach dem Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs in die Rechtsposition beider Verfahrensbeteiligter entsprechen.

Nach beiden Theorien erschöpft sich die Aufgabe des vorläufigen Rechtsschutzes durch interlocutory injunction in der Zwischenregelung bis zur Gewährung endgültigen Rechtsschutzes.

6. Kapitel

Die besondere Problematik einstweiligen Rechtsschutzes und die American-Cyanamid Entscheidung des House of Lords

Die besondere Problematik einstweiligen Rechtsschutzes ergibt sich aus dem Verhältnis der Eilentscheidung zur Hauptsacheentscheidung. Es geht dabei um die Frage nach den Grenzen vorläufiger Entscheidungen im Spannungsfeld zwischen dem Bedürfnis nach schnellem, effektivem Rechtsschutz und dem Anspruch der Gegenseite auf eine unbeschränkter Rechtskraft fähige Entscheidung nach umfassender Beweisaufnahme in einem ordentlichen Erkenntnisverfahren.

§ 19 Die Vorwegnahme der Hauptsache im vorläufigen Verfahren

Das Problem des Vorgriffs auf die Hauptsache durch die interlocutory injunction ist unter zwei Gesichtspunkten zu sehen. Zu unterscheiden ist die Vorwegnahme der tatsächlichen und rechtlichen Prüfung der Hauptsache von der inhaltlichen Vorwegnahme des Hauptsachebegehrens im Eilverfahren.

I. Die Vorwegnahme der rechtlichen und tatsächlichen Prüfung

Nach der Lehre vom prima facie case ist im einstweiligen Rechtsschutz eine umfassende materiellrechtliche Prüfung der Hauptsache erforderlich.¹⁾ Diese rechtliche Überprüfung erfolgt zwar auf der Grundlage der im Eilverfahren präsenten Beweismittel, also regelmäßig der

¹⁾ S.o. § 16, S. 127 ff.

Glaubhaftmachung durch affidavits,¹⁾ sie ist jedoch ebenso gründlich wie im Hauptsacheverfahren.²⁾ Auch schwierigste Rechtsfragen werden daher im vorläufigen Verfahren unter Heranziehung aller Entscheidungserheblichen Präjudizien endgültig entschieden. So etwa die Frage, ob ein gesetzlich zulässiger Streik³⁾ vorliegt,⁴⁾ oder eine Wettbewerbsbeschränkung gegeben ist;⁵⁾ gleiches gilt für die Prüfung von Verletzungen gewerblicher Schutzrechte.⁶⁾

Obwohl die Entscheidung im vorläufigen Verfahren nur beschränkter Rechtskraft fähig ist,⁷⁾ hat die umfassende materiellrechtliche Vorausprüfung de facto doch eine Bindungswirkung, zumal dann, wenn die im Hauptsacheverfahren erhobenen Beweise der Glaubhaftmachung im Eilverfahren entsprechen. Das Gericht wird, wenn es überhaupt zu einer Verhandlung in der Hauptsache kommt, an die gleiche Tatsachenfeststellung im Zweifel auch die gleiche Rechtsfolge wie im vorläufigen Rechtsschutz knüpfen.

1) S.o. § 9, S. 83 ff.

2) Graham J. in *Merchant Adventurers v. MGrew* (1971) 2 All ER 657 ChD 662 D: "It will be seen, therefore that a large number of points of construction and some of facts must be examined before it can be decided whether the plaintiffs have made out a prima facie case entitling them to an injunction. The matter was very fully argued before me and I am indebted to counsel for the help which they gave me."

3) Trade Disputes Act, 1906, s. 5 (3); Industrial Relations Act, 1971, s. 132.

4) *Stratford v. Lindley* (1965) A.C. 269 HL; *Camden Exhibition v. Lynott* (1965) 3 All ER 28 CA; *Torquay Hotel v. Cousins* (1969) 1 All ER 522 CA; *Cory Lighterage v. TGWU* (1973) 2 All ER 558 CA.

5) *Comet Radiovision v. Farnell-Tandberg* (1971) 3 All ER 230 ChD; *Esso v. Kingswood Motors* (1973) 3 All ER 1057 QBD; *Texaco v. Mulberry Filling Station* (1972) 1 All ER 513 ChD.

6) *Hubbard v. Vosper* (1972) 1 All ER 1023 CA; ferner die Entschdg. in *Fn. 2* und *Mitchell v. Henry* (1880) 15 Ch. D. 181 CA.

7) *Drew v. Harman* (1818) 5 Price 319, 322; *Kerr*, S. 664.

Im Unterschied zur rechtlichen Würdigung der Hauptsache ist die Intensität der tatsächlichen Prüfung entscheidend eingeschränkt. Hinsichtlich der Tatsachen ist im einstweiligen Rechtsschutz außer der Vorlage präsenter Beweismittel, meist Urkunden, nur Glaubhaftmachung in Form von affidavits erforderlich.¹⁾ Dies gilt für den behaupteten materiellrechtlichen Anspruch ebenso wie für die Gefährdung dieses Anspruchs und das gesamte Vorbringen des Beklagten.

Die Beschränkung der Beweisanforderungen auf affidavits und andere präsente Beweismittel hat zu einem Vorwegnahmeverbot bei der Tatsachenfeststellung geführt.²⁾ Dieses Vorwegnahmeverbot kommt in der häufig wiederkehrenden Floskel zum Ausdruck, daß das Gericht nicht beabsichtige, die Entscheidung in der Hauptsache zu präjudizieren.³⁾ Das Verbot des Vorgriffs auf die Hauptsache bedeutet vor allem eine Beschränkung der Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung auf den für die Eilentscheidung gerade notwendigen Umfang; darüber hinaus lehnt das Gericht eine Beurteilung des Sachverhalts ab.⁴⁾ Das gilt ebenso für die den einstweiligen Rechtsschutz ablehnende Entscheidung,⁵⁾ weil auch die eine Ablehnung stützende Tatsachenfeststellung geeignet sein kann, das Hauptsacheverfahren zu beeinflussen.

¹⁾ S.o. § 9, S. 83 ff.

²⁾ Kerr, S. 24; Pettit, S. 398.

³⁾ Cohen LJ. in *Canadian Pacific v. Gaud* (1949) 2 K.B. 239 CA 249: "I do not want to say anything to pre-judge the position of the parties if the action comes to trial." Ebenso *Bonnard v. Perryman* (1891) 2 Ch. 269 CA 286; *Fraser v. Evans* (1969) 1 All ER 8 CA 12 E; *Hivac v. Park Royal* (1946) 1 Ch. 169 CA 180; aber auch *Beese v. Woodhouse* (1970) 1 All ER 769 CA 773 F im Verhältnis der Berufungsentscheidung im ex parte Verfahren zum inter partes Verfahren in erster Instanz.

⁴⁾ *Cotton LJ. in Preston v. Luck* (1884) 27 Ch.D. 497 CA 507: "As the motion was refused on that ground it is our duty to express our opinion upon it, but we do not give a concluded opinion on any other point."

⁵⁾ *Chappell v. The Times* (1975) 2 All ER 233 CA 239 F.

Häufig wird das Verbot des Vorgriffs auf die Hauptsache auch negativ formuliert. Danach sollte sich die Tatsachenwürdigung im Eilverfahren möglichst niemals auf das streitige Vorbringen (contested matters) der Beteiligten beziehen:¹⁾

"I propose to say as little about the detailed facts of the case as I can, since there are a number of unresolved issues of fact which will have to be disposed of at the trial, and I think it is clearly undesirable that I should attempt anything like an analysis of the affidavit evidence or attempt by some process of verbal comparison of the plaintiff's and the defendant's evidence to draw firm conclusions on contested matters."²⁾

Ergibt sich aufgrund der Glaubhaftmachung im vorläufigen Verfahren ein "conflict of evidence"³⁾ so bleibt die Entscheidung darüber dem Hauptsacheverfahren vorbehalten. Hat dagegen im Eilverfahren eine umfassende Beweiswürdigung stattgefunden, so erklärt das Gericht gelegentlich, daß dies nur vorbehaltlich einer gründlicheren Überprüfung der Beweise in der Hauptsacheverhandlung geschehen sei.⁴⁾ Eine Feststellung also die lediglich auf die beschränkte Rechtskraft vorläufiger Entscheidungen hindeutet.

Vor allem in Beleidigungsfällen führt das Vorwegnahmeverbot fast immer zur Ablehnung einstweiligen Rechtsschutzes, wenn der Beklagte ankündigt, in der Hauptsacheverhandlung

1) Mitchell v. Henry (1880) 15 Ch.D. 181 CA 197; A.-G. v. Corporation of Manchester (1893) 2 Ch. 87 CA 95; London City Agency (JCO) v. Lee (1969) 3 All ER 1376 ChD 1378 H.

2) Goulding J. in Comet Radiovision v. Farnell-Tandberg (1971) 3 All ER 230 ChD 233 E.

3) Mitchell v. Henry (a.a.O.) Fn. 1.

4) Lord Pearce in Stratford v. Lindley (1964) 3 All ER 102 HL 114 I: "In so far as I have expressed any assumption or view of the facts it should be understood that it is subject to the effect of the evidence at the trial which may give a different complexion to any of the facts."

den Wahrheitsbeweis antreten zu wollen.¹⁾ Die Interessenabwägung nach der balance of convenience ist in diesen Fällen ohne Bedeutung. Das hat seinen Grund darin, daß Beleidigungsklagen grundsätzlich Angelegenheiten der Jury sind,²⁾ und dem Gericht die Gefahr der Präjudizierung bei Laien von jeher bewußt war.³⁾ War einstweiliger Rechtsschutz gegen Ende des 19. Jahrhunderts normalerweise davon abhängig, daß der Fall eine streitige Hauptsacheverhandlung erforderte,⁴⁾ so galt schon damals für die interlocutory injunction in Beleidigungsfällen das Gegenteil; die Aussicht auf eine streitige Hauptsacheverhandlung führte in aller Regel zur Ablehnung einstweiligen Rechtsschutzes.⁵⁾

Die Befürchtung, der Jury vorzugreifen, aber auch die Tatsache, daß Beleidigungsfälle traditionsgemäß meist in der Queens Bench Division verhandelt werden,⁶⁾ hat zu einer sehr zurückhaltenden Praxis bei Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes in presserechtlichen Beleidigungsfällen geführt, wenn sich auch die moderne

¹⁾ *Mogul Steamship v. McGregor Gow & Co.* (1885) 15 QBD 476, 485; *Bonnard v. Perryman* (1891) 2 Ch. 269 CA 284, 286 (Kay LJ. diss.); *Fraser v. Evans* (1969) 1 All ER 8 CA 10; anders aber *Monson v. Tussauds* (1894) 1 Q.B. 671.

²⁾ Schmitthoff, S. 42.

³⁾ Lord Coleridge CJ. in *Mogul Steamship* (Fn. 1) S. 286: "It is entirely,... a matter to be decided by-and-by before a jury or a judge or whatever tribunal may be called upon to determine which of the two contentions is made out in point of fact. That being so, it would be a very strong thing for this court to anticipate the decision of so doubtful a matter by the issuing of an interlocutory injunction."

⁴⁾ S.o. § 16, S. 127 Fn. 5 und 6.

⁵⁾ Replik von Cozens-Hardy in *Bonnard v. Perryman* (1891) 2 Ch. 269 CA 282: "In ordinary cases an interlocutory injunction will be granted when there is a case to be tried; in actions for libel an interlocutory injunction will be granted only where there is no case to be tried."

⁶⁾ S.o. § 8, S. 76 Fn. 3.

Rechtfertigung dieser Rechtsprechung eher auf die Verwirklichung der Informationsfreiheit beruft.¹⁾ Dies gilt jedoch nicht für vertrauliche Informationen, die etwa das eheliche Zusammenleben betreffen. Aus rechtspolitischen Gründen²⁾ untersagen die Gerichte hier die Veröffentlichung durch interlocutory injunction, wobei die materiellrechtliche Frage, ob die beabsichtigte Berichterstattung den Tatbestand einer unerlaubten Handlung verwirklicht, ohne Bedeutung ist.³⁾

II. Die inhaltliche Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung

Als einstweilige Maßnahme sollte die interlocutory injunction möglichst nicht zu einer endgültigen Befriedigung des Klägers führen.⁴⁾ Diesem Ziel dient weitgehend der status quo Grundsatz.⁵⁾ In Ausnahmefällen kann jedoch auch im Eilverfahren endgültige

¹⁾ Lord Denning MR. in *Fraser v. Evans* (1969) 1 All ER 8 CA 10 H: "The reason sometimes given is that the defence of justification and fair comment are for the jury, which is the constitutional tribunal, and not for a judge; but a better reason is the importance in the public interest that the truth should (?) out... The court will not prejudice the issue by granting an injunction in advance of publication."

²⁾ *Ungoed-Thomas J. Duchess of Argyll v. Duke of Argyll* (1965) 1 All ER 611 ChD 616 C: "These claims raise two important questions of law of general interest: (i) whether secret confidences made between husband and wife during their marriage will be protected by the court... the first question raises difficult and profound questions of the policy of law, its function in our society and how far it is still capable... of development to carry out that function."

³⁾ *Duchess of Argyll v. Duke of Argyll* (1965) 1 All ER 611 ChD 634 B, 636 A; damit aber stellt sich die alte Frage nach der jurisdiction (s.o. § 4, S. 46 ff); dazu ferner *Emperor of Austria v. Day* (1861) 3 D.F. & J. 217, 253. Ferner Kötz, S. 154 Fn. 24 unter dem Gesichtspunkt des vorbeugenden Rechtsschutzes.

⁴⁾ Supreme Court Practice 29/1/11.

⁵⁾ S.o. § 18, S. 139 ff.

Befriedigung erlangt werden.¹⁾

Zu diesen Ausnahmefällen gehören die Entscheidungen zur interlocutory mandatory injunction, in denen das treu- oder rechtswidrige Verhalten des Beklagten die inhaltliche Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung rechtfertigt.²⁾ Ebenso wenn der Beklagte ernsthafte Einwendungen nicht vorbringen kann und die Klageerwiderung nur der Verzögerung dient.³⁾

In allen anderen Fällen galt lange ein Befriedigungsverbot für das vorläufige Verfahren, das sich auf die Entscheidung des Court of Appeal in *Dodd v. Amalgamated Marine Workers' Union*⁴⁾ stützte. In dieser Entscheidung wurde ausgeführt,⁵⁾ es sei nicht die "usual practice" und widerspreche einer "general rule of practice", im einstweiligen Verfahren auf endgültige Befriedigung des Klägers zu erkennen.⁶⁾ Nachdem auch Lord Denning dieser Auffassung noch in *Trucks & Spares v. Maritime Agencies* gefolgt war,⁷⁾ erklärte er in

1) Snell, S. 637; Pettit, S. 389.

2) S.o. § 6 S. 61 ff.

3) *Manchester Corporation v. Conolly* (1970) 1 All ER 961 CA.

4) (1923) 93 L.J.Ch. 65 CA.

5) A.a.O. Fn. 4 (S. 66).

6) Wie die Entscheidung *Bailey v. Ford* (1843) 13 Sim. 495 zeigt, gab es jedoch früher schon Ausnahmen von dem generellen Befriedigungsverbot. In diesem Partnership-Fall sollte der Verkauf des Gesellschaftsvermögens im Wege einstweiligen Rechtsschutzes herbeigeführt werden.

7) (1951) 2 All ER 982 CA 983: "I do not think it right at this stage to make a mandatory order, which would in effect, be deciding finally the issues between the parties here and now, whereas they ought to be decided at the trial of the action."

Bailey (Malta) v. Bailey¹⁾ apodiktisch, daß solch ein Rechtssatz nicht existiere. Zum gleichen Ergebnis kam der Court of Appeal in Haywood v. BDC Properties,²⁾ wo der Kläger durch Löschung einer Grundschild im Eilverfahren endgültige Befriedigung erlangte. In diesem Fall jedoch war der materiellrechtliche Anspruch, wie der Anwalt des Beklagten auch zugestehen mußte,³⁾ unstreitig gegeben. Der einzige Einwand bezog sich darauf, daß die interlocutory injunction nicht zu einer Befriedigung führen dürfe.

Als einziges Beispiel einer Befriedigungsverfügung bei offener Rechtslage kann die Entscheidung Woodford v. Smith⁴⁾ angeführt werden. In der Hauptsache hatten die Kläger Feststellung ihrer Mitgliedschaft zu einem Verein begehrt; die interlocutory injunction dagegen war vor allem auf das Verbot gerichtet, die jährliche Hauptversammlung zur Wahl des Vorstands ohne die Kläger abzuhalten. Dem einstweiligen Rechtsschutzbegehren wurde zur Abwendung wesentlicher Nachteile mit folgender Begründung stattgegeben:

"If an injunction be refused now, the election can take place without the 57 having an opportunity to take part in or vote at the adjourned annual meeting, so that by the time this action is heard, unwelcome changes may have taken place in the association which the 57 may be powerless to put right. Leaving the matter until trial of the action may thus fail to achieve justice."⁵⁾

In Ausnahmefällen kann daher der Kläger auch im vor-

¹⁾ (1963) 1 Lloyds' Rep. 595 CA 598; Streitgegenstand war die Herausgabe wichtiger Geschäftspapiere.
²⁾ (1963) 2 All ER 1063 CA.
³⁾ A.a.O. Fn. 2 (S. 1067 A).
⁴⁾ (1970) 1 All ER 1091 ChD; s.o. S. 58 Fn. 7.
⁵⁾ Megarry J. in Woodford v. Smith (1970) 1 All ER 1091 ChD 1093 B.

läufigen Verfahren endgültige Befriedigung erlangen, wenn die Verwirklichung seines Rechtsschutzanspruchs im Hauptsacheverfahren nicht gesichert ist. Das Schutzbedürfnis des Klägers rückt dabei derart in den Vordergrund, daß sich, wie in den Fällen einer absoluten Hauptsacheprognose, auch eine Interessenabwägung nach der balance of convenience im Eilverfahren erübrigt.

Die Tatsache, daß gerade die einstweilige Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen im gewerblichen Rechtsschutz etwa, stets zu einer, wenn auch zeitlich beschränkten, Befriedigung des Klägers führt, rechtfertigt keine Sonderbehandlung, da diese Verfügungen durch prohibitory injunction ergehen und engere Voraussetzungen allenfalls bei der mandatory injunction gelten. Diese nur aus historischer Sicht verständliche Behandlung der auf Erfüllung gerichteten Verbotsverfügungen bedeutet nicht, daß die Gefahr solcher Maßnahmen nicht erkannt würde.¹⁾ Die verfahrensrechtlichen Garantien, die Interessenabwägung und die in solchen Fällen übliche Praxis der Führung eines Sonderkontos²⁾ rechtfertigen es jedoch nicht, der interlocutory injunction insoweit Ausnahmecharakter beizumessen.

¹⁾ Das zeigt sich gelegentlich an der Abneigung einzelner Richter gegen einstweilige Maßnahmen, deren Auswirkung besonders groß ist, wenn es sich gerade um den für Patentsachen zuständigen Richter der Chancery Division handelt. Dazu Harman LJ. in Hoffmann-La Roche v. Intercontinental Pharmaceuticals (1965) 2 All ER 15 CA 16 C. Hinzu kommt, daß gerade beim vorbeugenden Rechtsschutz in Patentsachen von jeher eine gewisse Zurückhaltung der Chancery Richter bestand (s.o. S. 45).

²⁾ 29 Halsbury 216; ferner s.o. S. 94 und 118.

§ 20 Der Funktionswandel des vorläufigen Verfahrens
und die Verdrängung der Hauptsacheentscheidung

Die Funktion der interlocutory injunction, für die Dauer der Rechtshängigkeit der Hauptsache eine Zwischenregelung herbeizuführen, ist auf tatsächliche Durchführung des Hauptsacheverfahrens gerichtet. Die Rechtswirklichkeit der letzten zwei Jahrzehnte sieht jedoch anders aus. Nach Lord Denning¹⁾ endet das Verfahren in 99 von 100 Fällen mit der Entscheidung über die interlocutory injunction. Zwar läßt sich diese Behauptung statistisch nicht belegen;²⁾ zum Nachweis führt Lord Denning jedoch aus verschiedenen Rechtsgebieten alle die Fälle auf, die mit der Entscheidung im Eilverfahren beendet wurden.³⁾ Danach ist kaum einer, der zum einstweiligen Rechtsschutz veröffentlichten Entscheidungen eine endgültige Entscheidung im Hauptsacheverfahren gefolgt.⁴⁾

Im Hauptanwendungsbereich der interlocutory injunction, dem gewerblichen Rechtsschutz, sind von etwa 1000 passing-off-Klagen⁵⁾ des vergangenen Jahrzehnts nahezu alle im vorläufigen Verfahren entschieden worden.⁶⁾

Diese neue Entwicklung zur Verdrängung der Hauptsache-

-
- 1) Fellowes v. Fisher (1975) 2 All ER 829 CA 833 G; 836 H.
 - 2) Die jährlich herausgegebenen Civil Judicial Statistics enthalten darüber keine Angaben; dies kann damit zusammenhängen, daß das vorläufige Verfahren als Teil des gesamten Zivilprozesses, gewissermaßen als Durchgangsstadium zur Hauptsacheentscheidung gesehen wird.
 - 3) Fellowes v. Fisher (1975) 2 All ER 829 CA 837.
 - 4) Ähnlich die Feststellungen von Anderman/Davies, S. 215 Fn. 7. Dadurch wird auch der Wert des "undertaking as to damages" fragwürdig; vgl. Anderman/Davies, S. 219.
 - 5) Passing-off oder Kennzeichenmißbrauch ist im anglo-amerikanischen Rechtskreis die wichtigste Form des unlauteren Wettbewerbs. Zum Rechtsschutz durch passing-off-Klage in England siehe etwa Hofstetter, S. 112 ff.
 - 6) Prescott, S. 169, dessen Feststellungen sich auf den Zeitraum 1965-1975 beziehen.

entscheidung korrespondiert mit der immer stärker betonten materiellrechtlichen Vorausprüfung nach der Lehre vom prima facie case. Nachdem zunächst prima facie case und balance of convenience als zwei nebeneinander zu berücksichtigende Voraussetzungen für die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes galten,¹⁾ hatte sich spätestens mit der Entscheidung des House of Lords in *Stratford v. Lindley*²⁾ eine Rangfolge für die Prüfung dieser Voraussetzungen durchgesetzt. Danach hatte das Gericht vorweg die Rechtslage zu überprüfen,³⁾ und konnte erst nachdem es einen prima facie case bejaht hatte, die Interessenabwägung nach der balance of convenience vornehmen.

Die Hauptsacheprognose geriet dadurch in den Vordergrund, während die Interessenabwägung nur noch als Hilfsargument bei der Entscheidung über Ablehnung oder Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes Berücksichtigung fand. Nach umfangreicher materiellrechtlicher Vorausprüfung der Hauptsache wurde die balance of convenience lediglich zur Bestätigung der bereits getroffenen Entscheidung erwähnt,⁴⁾ wenn nicht überhaupt unterlassen;⁵⁾

1) Cotton LJ. in *Challender v. Royle* (1887) 36 Ch.D. 425 CA 436.

2) (1964) 3 All ER 102 HL 111F, 116 B.

3) Vgl. auch Harman LJ. in *Cavendish House (Cheltenham) v. Cavendish Woodhouse* (1970) R.P.C. 234 CA 235: "Therefore you start off with a prima facie case. That of course is the essential prelude to the granting of interlocutory relief."

4) Einstweiligen Rechtsschutz bejahend: *Stratford v. Lindley* (1964) 3 All ER 102 HL 116 C; *Emerald Construction v. Lowthian* (1966) 1 All ER 1013 CA 1019 C; *Daily Mirror v. Gardner* (1968) 2 All ER 163 CA 169 F, 170 F, 172 A; *Merchant Adventurers v. McGrew* (1971) 2 All ER 657 QBD 665 G; *Comet Radiovision v. Farnell-Tandberg* (1971) 3 All ER 230 ChD 235 J, 236 A; *Texaco v. Mulberry Filling Station* (1972) 1 All ER 513 ChD 530; *Distillers v. The Times* (1975) 1 All ER 41 QBD 52 G.
Einstweiligen Rechtsschutz ablehnend: *Hounslow v. Twickenham* (1970) 3 All ER 326 ChD 356 H; *Clifford Davis v. WEA Records* (1975) 1 All ER 237 CA 241 C; *Cory Lighthouse v. TGWU* (1975) 2 All ER 558 CA 572 E.

5) *Emerald Construction v. Lowthian* (1966) 1 All ER 1013

eine gründliche, differenzierende Interessenabwägung findet sich daher nur noch in Ausnahmefällen.¹⁾ Die Bedeutungslosigkeit der balance of convenience zeigt sich nicht zuletzt durch die Tatsache, daß die Interessenabwägung, soweit ersichtlich, in keiner der seit Stratford v. Lindley²⁾ veröffentlichten Entscheidungen zur Ablehnung einer interlocutory injunction geführt hat, wenn das Gericht zuvor zu einer positiven Hauptsacheprognose gekommen ist.

Das Eilverfahren entwickelte sich damit zu einem vorläufigen Erkenntnisverfahren,³⁾ dessen gleichwohl immer noch beschworene Funktion, eine Zwischenregelung "pendente lite" zu treffen, mehr und mehr in den Hintergrund trat.

Die wachsende Beliebtheit dieser "verstümmelten Verfahren"⁴⁾ beruht einmal auf ihrer vergleichsweise zügigen Abwicklung.⁵⁾ In erster Instanz kann der Richter in der Chancery Division schon innerhalb weniger Tage mit dem einstweiligen Rechtsschutzbegehren befaßt sein;⁶⁾ die injunction kann sogar an einem Sonntag angeordnet

CA 1018 ff (Diplock LJ.); 1020 (Russell LJ.); Harman Pictures v. Osborne (1967) 2 All ER 324 ChD; Torquay Hotel v. Cousins (1969) 1 All ER 522 CA; T. Lucas v. Mitchell (1972) 3 All ER 689 CA.

1) Dazu gehört z.B. Birmingham Corporation v. Perry Barr Stadium (1972) 1 All ER 689 CA.

2) S.o. S. 157 Fn. 4.

3) Lord Diplock in American Cyanamid v. Ethicon (1975) 1 All ER 504 HL 509 F: "The notion that it is incumbent on the court to undertake what is in effect a preliminary trial of the action on evidential material different from that on which the actual trial will be conducted, is, I think, of comparatively recent origin..."

4) Prescott, S. 169 bezeichnet sie als "truncated proceedings."

5) Zur Schnelligkeit des englischen Hauptsacheverfahrens, s.o. S. 31 Fn. 4 und 5; gleichwohl ist das vorläufige Verfahren noch entschieden schneller.

6) Z.B. in Birmingham Corpn. v. Perry Barr Stadium (1972) 1 All ER 725 ChD 725 E innerhalb von 2 Tagen nach Klageerhebung; meist dauert es jedoch 1-2 Wochen.

werden.¹⁾ In der Queens Bench Division hingegen können mehrere Wochen vergehen,²⁾ wobei der Kläger schnelleren Rechtsschutz nur über eine ex parte injunction erlangen kann.³⁾ Auch ein etwaiges Berufungsverfahren kann im vorläufigen Rechtsschutz zügig durchgeführt werden. So erging die Entscheidung des Court of Appeal in Chappell v. The Times Newspapers⁴⁾ 7 Tage nach der angeblichen Rechtsverletzung durch die angedrohte Kündigung.⁵⁾ Sicherlich als Ausnahmefall, jedoch bezeichnend für die außerordentliche Flexibilität im Verfahrensablauf, mag Pickwick v. Multiple Sound Distributors⁶⁾ angeführt werden, wo die vormittags in erster Instanz abgelehnte ex parte injunction bereits am Nachmittag des gleichen Tages durch eine Entscheidung des Court of Appeal gewährt wurde.

Die entscheidende Ursache für die Verdrängung des Hauptsachverfahrens ist jedoch das extreme Kostenrisiko beider Prozeßparteien.⁷⁾ Der weitaus größte Teil der Kosten wird durch das Hauptsacheverfahren, insbesondere durch die Zeugenvernehmungen verursacht.⁸⁾

-
- 1) Re N (infants) (1967) 1 All ER 161 ChD 153 ff; für die Chancery Division gilt die common law Regel vom dies non juridicus nicht. Equity ist Notrecht.
 - 2) Z.B. Esso v. Kingswood (1973) 3 All ER 1057 QBD 1059 H; Distillers v. Times (1975) 1 All ER 41 QBD 45.
 - 3) Etwa RD Harbottle v. National Westminster Bank (1977) 2 All ER 862 QBD; ferner S. 77 Fn. 6. Zur unterschiedlichen Schnelligkeit beider Verfahren, vgl. Dankwerts LJ. in Heywood v. BOC Properties (1963) 2 All ER 1063 CA 1065.
 - 4) (1975) 2 All ER 236 CA.
 - 5) S.o. S. 111 f.
 - 6) (1972) 3 All ER 384 ChD 384 J (Megarry J): "Such are the law's delays in these days that it was not until the afternoon of the same day that the Court of Appeal, by a majority, reversed my decision..."
 - 7) Zu zahlen sind, außer den Gerichtskosten, die Gebühren zweier Anwälte (barrister und solicitor), deren Honorare sich nach Art und Umfang ihrer Tätigkeit richten und die vom solicitor angefordert werden. Siehe ferner S. 31; sowie Rheinstein, S. 99.
 - 8) G. Wilson, S. 343.

Hinzu kommt, daß nur in wenigen Ausnahmefällen der obsiegenden Partei alle entstandenen Kosten erstattet werden.¹⁾ In Extremfällen können dem erfolgreichen Kläger sogar die Kosten des unterlegenen Beklagten auferlegt werden.²⁾ Eine Abwälzung dieses Kostenrisikos ist kaum möglich. Im Hauptanwendungsbereich der interlocutory injunction, dem gewerblichen Rechtsschutz, spielt das Armenrecht³⁾ wegen der geringen Einkommensgrenzen kaum eine Rolle;⁴⁾ im übrigen sind bestimmte Verfahren, wie Beleidigungsverfahren, vom Armenrecht weitgehend ausgeschlossen.⁵⁾ Da Rechtsschutzversicherungen verboten sind,⁶⁾ kann auch dadurch das Kostenrisiko nicht aufgefangen werden.⁷⁾

Der Kostenfaktor hat zu einer größeren Bereitschaft geführt, sich mit schriftlichen Beweisen, einschließlich indirekter Beweise (hearsay evidence⁸⁾ zu begnügen und sich weitgehend auf Sachverständigengutachten zu verlassen.⁹⁾ Diesem Bedürfnis kam die Beweisführung durch affidavits¹⁰⁾ im vorläufigen Verfahren sehr entgegen.

¹⁾ Walker, S. 298 f.
²⁾ London Welsh Estates v. Phillip (1931) 100 L.J.449 KB.
³⁾ Geregelt durch den Legal Aid and Advice Act, 1949.
⁴⁾ Zu der durch das Armenrecht noch verschlechterten Situation der durchschnittlichen Verfahrensbeteiligten (average litigants), siehe den Report of the Committee on Supreme Court Practice and Procedure, Cmd. 8878, 1953 (20).
⁵⁾ Walker, S. 225.
⁶⁾ Mezger, S. 253 Fn. 17.
⁷⁾ Häufig übernehmen jedoch Gewerkschaften, Verbände und Haftpflichtversicherungen die Kosten von Zivilprozessen; dazu Third Report of the Law Commission, Cmd. 4637, 1934 (12)(13).
⁸⁾ S.o. S. 83 Fn. 3.
⁹⁾ G. Wilson, S. 343 "The relevance of costs."
¹⁰⁾ S.o. § 9 S. 83 ff.

Die verfahrensbeendende Wirkung der interlocutory injunction wurde vor allem dadurch gefördert, daß die Kosten im öffentlichen Interesse bewußt als Instrument zur Vermeidung überflüssiger Zivilprozesse wirken und damit den Abschluß außergerichtlicher Vergleiche bis an die Grenze der Rechtsschutzverweigerung begünstigen.¹⁾ Die Entscheidung im vorläufigen Verfahren wurde damit häufig zur Grundlage eines außergerichtlichen Vergleichs;²⁾ die dazu erforderliche Überzeugungskraft und einen gewissen Befriedigungseffekt konnten die durchweg sehr sorgfältig und umfangreich begründeten Entscheidungen auch durchaus bieten.³⁾ Die richterliche Vorausprüfung des Klageanspruchs und der entsprechenden Einreden nach der Lehre vom prima facie case wurde als zuverlässiger Maßstab für den mutmaßlichen Prozeßausgang angesehen, wobei die Kosten des Verfahrens meist geringer waren, als das Honorar für ein entsprechendes Rechtsgutachten durch einen führenden Juristen.⁴⁾

Schließlich kann der Verzicht auf das Hauptsacheverfahren in einigen Fällen auch durch prozeßtaktische Verzögerungsmaßnahmen herbeigeführt werden.⁵⁾ So ist das Interesse an einer eiligen Hauptsacheentscheidung gering, wenn der Kläger bereits im vorläufigen Verfahren Befriedigung erlangt hat; im Falle der Ablehnung einer interlocutory injunction hingegen liegt es eher

1) Report of the Committee on Supreme Court Practice and Procedure, Cmd. 8878, 1953 (21).

2) Denning MR in *Fellowes v. Fisher* (1975) 2 All ER 829 CA 836 G; Prescott, S. 169; A. Wilson, S. 303. Im Arbeitskampfrecht sind diese Vergleichsbedingungen für die Gewerkschaften jedoch in aller Regel ungünstiger; dazu Davies/Anderman, S. 227.

3) Prescott, S. 169 spricht von einem "high standard of justice."

4) Prescott, S. 169.

5) Die Diplock LJ. in *Hoffmann-LaRoche v. Intercontinental Pharmaceuticals* (1965) 2 All ER 15 CA 22 F als "battle of tactics" bezeichnet.

im Interesse des Beklagten, die Hauptsacheentscheidung hinauszuzögern.¹⁾ Gelegentlich versucht das Gericht derartigen verfahrensbeendenden Verzögerungsmaßnahmen zu begegnen, indem es etwa ein beschleunigtes Hauptsacheverfahren (speedy trial) anordnet²⁾ oder das durch undertaking gesicherte Versprechen des Klägers fordert, das Hauptsacheverfahren mit gebührender Eile zu verfolgen;³⁾ im Übrigen kann das Gericht im Falle einer Verzögerung die interlocutory injunction jederzeit auf Antrag des Beklagten aussetzen (application to have the injunction suspended⁴⁾).

Die mit der Verdrängung des Hauptsacheverfahrens erlangte Ersatzfunktion des Eilverfahrens zeigt sich nicht nur in der äußerst sorgfältigen und ausführlichen Begründung vorläufiger Entscheidungen,⁵⁾ sondern auch in der ausgedehnten mündlichen Verhandlung. Die durchschnittliche Dauer des hearing im vorläufigen Verfahren erster und zweiter Instanz liegt mit 3 bis 5 Tagen⁶⁾ wesentlich höher als bei den Verfahren vor 1960 oder gar im 19. Jahrhundert. Auch scheinen die Parteien häufiger als früher geneigt zu sein, den Instanzenzug des vorläufigen Verfahrens auszuschöpfen.⁷⁾ Dies kann

¹⁾ S.o. S. 161 Fn. 5.

²⁾ S.o. S. 94 und 118.

³⁾ So etwa in *Newson v. Pender* (1884) 27 Ch.D. 43 CA 63.

⁴⁾ *Hoffmann-LaRoche v. Intercontinental Pharmaceuticals* (1965) 2 All ER 15 CA 22 E.

⁵⁾ S.o. S. 161 Fn. 3.

⁶⁾ Eine Dauer von 9 Tagen in *Hounslow v. Twickenham* (1970) 3 All ER 326 ChD und 10 Tagen in *Distillers v. Times Newspapers* (1975) 1 All ER 41 QBD, also in 1. Instanz, stellt zwar nicht die Regel dar, zeigt aber die außerordentliche Gründlichkeit bei der Durchführung des vorläufigen Verfahrens, das in diesen Fällen schon nicht mehr als Eilverfahren bezeichnet werden kann.

⁷⁾ Dies läßt sich zwar statistisch nicht belegen; ergibt sich m.E. aber aus der Vielzahl veröffentlichter Entscheidungen des Court of Appeal.

zwar kein Ersatz für den Verzicht auf das Hauptsacheverfahren sein, hat aber möglicherweise dazu beigetragen, die Überzeugungskraft vorläufiger Entscheidungen zu stärken. Auf einigen speziellen Rechtsgebieten, wie etwa dem Wettbewerbs- und Patentrecht, fehlt es allerdings gerade dem Court of Appeal an der entsprechenden Sachkunde; ein Mangel, der gerade im einstweiligen Verfahren ohne gründliche Beweisaufnahme mit Fachanwälten und Sachverständigenbefragungen besonders zu Tage tritt.¹⁾

¹⁾ Gore, S. 678.

§ 21 Die Entscheidung des House of Lords in American Cyanamid v. Ethicon

Die dargelegte Entwicklung zur Vorwegnahme und Verdrängung der Hauptsacheentscheidung muß in einem Rechtssystem dessen Verfahrensrecht den Abschluß von Vergleichen in einem frühen Prozeßstadium geradezu begünstigt,¹⁾ nicht unbedingt als nachteilig empfunden werden. Aus solchen Gründen bezeichnet etwa Lord Denning diese Praxis als sachgerecht und vernünftig.²⁾ Die neuere Grundsatzentscheidung des House of Lords in American Cyanamid v. Ethicon³⁾ hat diese Verfahrensweise für die Zukunft jedoch entscheidend verändert.

Dem Cyanamid-Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin, die American Cyanamid Company, hatte im Jahre 1964 in Großbritannien ein Patent angemeldet, dessen Gegenstand ein sich auflösender Operationsfaden war. Es handelte sich um ein Polymerisat, das sich zersetzen und vom menschlichen Körper aufgenommen werden konnte.

Die zu jener Zeit gebräuchlichen Operationsfäden aus Katzendarm wurden vorwiegend von einer Konkurrenzfirma "Ethicon", der Beklagten, hergestellt und vertrieben. Nachdem die Klägerin im Jahre 1970 ihr patentiertes Produkt auf den Markt gebracht und bereits 1973 einen Marktanteil von 15 % in Großbritannien erworben hatte, führte die Beklagte aus Wettbewerbsgründen ihren eigenen

¹⁾ Report of the Committee on Personal Injuries Litigation, Cmd. 3691, 1968: "(111)...It is regrettable that litigants, who want a trial all too often feel compelled to settle because the list of cases awaiting trial is overloaded and the prospects of a timely hearing are dim. 112. Nonetheless we believe that the provision of facilities for the fostering of settlements is an objective which should be pursued by those who mould law and practice." Diese Feststellungen können, obwohl auf das Gebiet der Personenschäden bezogen, durchaus verallgemeinert werden. Siehe ferner S. 161 Fn. 1.

²⁾ In *Fellowes v. Fisher* (1975) 2 All ER 829 CA 833 G.
³⁾ (1975) 1 All ER 504 HL.

synthetischen Operationsfaden ein. Im Unterschied zu dem Faden der Klägerin, der ein Homopolymerisat war, bestand die chemische Substanz des Produkts der Beklagten aus einem Copolymerisat.

Im März 1973 erhob Cyanamid eine Quia timet Klage gegen Ethicon. Die Klage war auf Unterlassung der angeblich drohenden Rechtsverletzung gerichtet. Gleichzeitig begehrte die Klägerin einstweiligen Rechtsschutz bis zur endgültigen Entscheidung über die Unterlassungsklage.

In der mündlichen Verhandlung im Eilverfahren wurden dem Richter zu der Streitfrage der Patentverletzung von beiden Parteien zahlreiche sich widersprechende affidavits vorgelegt. Auf der Grundlage dieser vorläufigen Beweisführung gewährte der Patentrichter die interlocutory injunction, weil nach seiner Auffassung Hauptsacheprognose und Interessenabwägung gegen die Beklagte sprachen. Der Court of Appeal hob diese Entscheidung wieder auf, mit der Begründung, daß die Klägerin keinen prima facie case einer Patentverletzung dargelegt habe; dem Gericht sei daher grundsätzlich verwehrt, die Interessenabwägung nach der balance of convenience vorzunehmen und eine interlocutory injunction zu erlassen.¹⁾

Das House of Lords ließ die Revision²⁾ zu und hob im Februar 1975 die Entscheidung des Court of Appeal auf.

Schon der zeitliche Ablauf dieses Verfahrens zeigt die Entwicklung des einstweiligen Rechtsschutzes von der Hilfsfunktion zum Selbstzweck bei der gerichtlichen Verwirklichung von Rechten. Das Verfahren erster Instanz begann im März 1973, die Entscheidung des Court of Appeal erging im Februar 1974 und das House of Lords

¹⁾ Russel LJ. cit. in American Cyanamid v. Ethicon (1975) 1 All ER 504 HL 507 H: "If there be no prima facie case on the point essential to entitle the plaintiff to complain of the defendant's proposed activities, that is the end of the claim to interlocutory relief."

²⁾ "Leave to appeal was granted". Die Unterscheidung Berufung - Revision ist im englischen Zivilprozeß nicht bekannt; das Rechtsmittel zum House of Lords wird jedoch in aller Regel auf eine Rechtsverletzung gestützt, so daß auch hier der Begriff "appeal" als Revision zu verstehen ist (s.o. S. 88).

entschied 1 Jahr später im Februar 1975. Eine Verfahrensdauer von nahezu 2 Jahren ist zwar nicht die Regel und entspricht eher einem Hauptsacheverfahren; es wird jedoch dadurch deutlich, daß die materiell-rechtliche Vorausprüfung im vorläufigen Verfahren letztlich das Hauptsacheverfahren ersetzt. Ebenso ist die Dauer der mündlichen Verhandlung (hearing) in den jeweiligen Instanzen¹⁾ aufschlußreich. Die mündliche Verhandlung in der Chancery Division dauerte 3 Tage, der Court of Appeal benötigte 8 Tage zur Entscheidung und für das hearing vor dem House of Lords wurden 12 Tage veranschlagt.²⁾ Auch insoweit kann das einstweilige Verfahren nicht mehr als Eilverfahren bezeichnet werden. Das hearing ist hier ebenso langwierig und gründlich wie in einem Hauptsacheverfahren, das die Parteien dann allerdings meist als entbehrlich ansehen. Selbst die sich von Instanz zu Instanz steigende Dauer der mündlichen Verhandlung entspricht den Verhältnissen im ordentlichen Erkenntnisverfahren.

Das hearing vor dem House of Lords indessen dauerte statt der vorgesehenen 12 Tage nur 3 Tage. Diese wesentliche Abkürzung der mündlichen Verhandlung und die damit verbundene Beschleunigung des gesamten Verfahrens beruhte darauf, daß sich das Gericht jeglicher Hauptsacheprognose enthielt. Während der Court of Appeal erst nach eingehender Überprüfung der sich widersprechenden Sachverständigengutachten zu der Überzeugung kam, daß eine Patentverletzung nicht nachgewiesen sei,³⁾

¹⁾ S.o. S. 162.

²⁾ American Cyanamid v. Ethicon (1975) 1 All ER 504 CA 507.

³⁾ Dabei ging es um die grundsätzliche Frage, ob durch Herstellung eines Copolymerisats das geschützte Homopolymerisat der Klägerin verletzt werden könne.

begnügte sich das House of Lords mit der Prüfung der balance of convenience.

Lord Diplock, dessen Begründung sich die übrigen Richter uneingeschränkt anschlossen, richtete sich zunächst gegen die vom Court of Appeal vertretene Auffassung, daß die interlocutory injunction allein vom Nachweis des materiellen Hauptsacherechts abhängt. Wesentliches Merkmal einstweiligen Rechtsschutzes sei die Ausübung richterlichen Ermessens; diese Ermessensausübung könne nicht durch die technische Regel einer mehr oder weniger als 50-prozentigen Erfolgswahrscheinlichkeit im Hauptsacheverfahren eingeschränkt werden. Er erklärte ausdrücklich, daß es keinen Rechtsgrundsatz gebe, wonach dem Gericht die Interessenabwägung verwehrt sei, wenn es nicht zuvor den Verfügungsanspruch bejaht habe.¹⁾ In diesem frühen Stadium eines Rechtsstreits sei es weder Aufgabe des Gerichts, streitige Tatsachen auf der Grundlage von Glaubhaftmachungen zu entscheiden, noch schwierige Rechtsfragen, die einer eingehenden Begründung bedürfen, zu lösen. Die Einführung einer Sicherung des Beklagten durch undertaking habe gerade bezweckt, daß die Entscheidung der Streitfragen dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben könne. Eine materiellrechtliche Vorausprüfung, wie sie nach dem Grundsatz vom prima facie case üblich war, müsse daher unterbleiben. Statt der Hauptsacheprognose habe das Gericht nur zu prüfen, ob das Rechtsschutzbegehren weder mutwillig noch offensichtlich aussichtslos ist.²⁾ Dieses Negativerfordernis setzt nur noch eine

¹⁾ American Cyanamid v. Ethicon (1975) 1 All ER 504 HL 510 C.

²⁾ Lord Diplock in American Cyanamid (a.a.O. Fn.1) 510 D: "The court no doubt must be satisfied that the claim is not frivolous or vexatious, in other words, that there is a serious question to be tried."

sehr oberflächliche Überprüfung der Rechtslage voraus.¹⁾

Einziges Kriterium für die Entscheidung über den einstweiligen Rechtsschutz blieb danach die Interessenabwägung nach der balance of convenience. Diese Interessenabwägung aber sprach in vorliegendem Fall nach Auffassung des Gerichts für die Klägerin.²⁾ Die Beklagte war mit ihren synthetischen Operationsfäden noch nicht auf dem Markt, so daß weder Fabriken zu schließen, noch Arbeiter zu entlassen waren. Während die Beklagte mit ihren natürlichen Operationsfäden bereits den Markt beherrschte, hatte die Klägerin erst damit begonnen, sich mit ihren synthetischen Fäden einen konkurrenzfähigen Markt aufzubauen. Bei Ablehnung einstweiligen Rechtsschutzes hätte die Beklagte bis zum Hauptsacheverfahren zwei oder drei Jahre später, und im Falle einer Berufung möglicherweise noch länger, Gelegenheit, selbst in diesen Markt vorzustoßen. Sollte die Klägerin dann im Hauptsacheverfahren obsiegen, so wären ihr irreparable Schäden entstanden, zumal bis dahin, nämlich 1980, auch die Schutzfrist ihres Patents abgelaufen wäre.

Würde der Beklagten allerdings Herstellung und Vertrieb ihres Konkurrenzprodukts gestattet, so könne sich die Klägerin schließlich gezwungen sehen, auf ihre Unterlassungsklage zu verzichten; die Durchführung des Hauptsacheverfahrens könne sich unter solchen Umständen als geschäftlich unklug erweisen, weil die Auswirkungen auf

¹⁾ Davies, S. 241.

²⁾ American Cyanamid v. Ethicon (1975) 1 All ER 504 HL 511 H; insoweit, hat das House of Lords die Interessenabwägung Graham's J. lediglich nachvollzogen, ohne jedoch, wie dieser, eine Hauptsacheprognose vorzunehmen.

den eigenen goodwill in einem derart spezialisierten Markt nicht abzuschätzen seien.

Wesentliches Kriterium für die Interessenabwägung ist auch für das House of Lords die Frage, in welchem Ausmaß die zu erwartenden Nachteile durch Schadensersatz angemessen ausgeglichen werden können.¹⁾

Als einzige Ausnahme von dem Verbot einer materiell-rechtlichen Vorausprüfung der Hauptsache ließ das House of Lords nur zwei, erfahrungsgemäß sehr seltene Fälle zu: So, wenn sich die tatsächliche und rechtliche Prüfung der Hauptsache ohne Schwierigkeit und abschließend vornehmen läßt;²⁾ ferner dann, wenn die Abwägung der hypothetischen Schäden nach der balance of convenience nicht zu einem Ergebnis führt. Ergibt daher die Interessenabwägung, daß sich die zu erwartenden Nachteile gleichwertig gegenüberstehen, so kann eine Hauptsacheprognose erforderlich werden, die sich jedoch wiederum nur auf unstreitige Tatsachen stützen darf. Dabei hat das Gericht alles zu unterlassen, was irgendwie einem Hauptsacheverfahren gleicht.³⁾

Zusammenfassend lassen sich der Cyanamid-Entscheidung des House of Lords folgende drei Voraussetzungen für alle einstweiligen Rechtsschutzbegehren entnehmen:

- (1) Das Rechtsschutzbegehren ist weder mutwillig (vexatious) noch offensichtlich aussichtslos (frivolous⁴⁾).

1) American Cyanamid v. Ethicon (1975) 1 All ER 504 HL 511 D; vgl. ferner S. 133 ff.

2) American Cyanamid v. Ethicon, a.a.O. Fn. 1, 510 E.

3) Lord Diplock in American Cyanamid v. Ethicon, a.a.O. Fn. 1, 511 D: "...if the extent of the uncompensatable disadvantage to each party would not differ widely, it may not be improper to take into account in tipping the balance the relative strength of each party's case as revealed by the affidavit evidence adduced on the hearing of the application."

4) M.E. ist der Begriff "frivolous" sinngemäß als "offensichtlich aussichtslos" zu übersetzen.

- (2) Die Interessenabwägung nach der balance of convenience spricht für oder gegen eine interlocutory injunction.
- (3) Erst bei ausgeglichener Interessenlage ist eine materiellrechtliche Vorausprüfung oder Erfolgsprognose¹⁾ gerechtfertigt.

Mit dem Cyanamid-Fall hat das House of Lords eine Grundsatzentscheidung zum einstweiligen Rechtsschutz gefällt. Die grundsätzliche Bedeutung ergibt sich nicht nur aus den allgemeinen Ausführungen zum vorläufigen Verfahren,²⁾ sondern auch aus der Tatsache, daß das House of Lords erstmalig eine Berufung im einstweiligen Rechtsschutz zugelassen hat³⁾ und - entgegen der sonst üblichen Praxis - nur eine Begründung durch Lord Diplock gegeben wurde, der sich die übrigen Lords anschlossen. Gerade dieser Umstand aber hat Anlaß zur Kritik gegeben.⁴⁾ Nach den Ausführungen Lord Reid's in dem bekannten Fall Broome v. Cassell⁵⁾ liegt die Gefahr einer Einzelbegründung bei Grundsatzentscheidungen vor allem darin, daß das Gericht ähnlich dem Gesetzgeber allgemeine Rechtssätze verkündet, die jedoch anders als Gesetze, stets auf den zu entscheidenden Einzelfall bezogen sind; allgemeine Prinzipien lassen sich danach leichter und verlässlicher ableiten, wenn eine Entscheidung mehrere Begründungen aufweist. Angesichts der klaren und eindeutigen Ausführungen

¹⁾ Elias, S. 192 bezeichnet diese Überprüfung der Schlüssigkeit des Klagebegehrens und Beklagtenvortrags als "balance of probabilities to succeed at the trial of the action"; damit ist nichts anderes als die "relative strength of each party's case" gemeint (s.o. S. 131).

²⁾ Elias, S. 192; Prescott, S. 170.

³⁾ In Stratford v. Lindley (1964) 3 All ER 102 HL hatte der Court of Appeal die Revision zugelassen.

⁴⁾ So durch A. Wilson, S. 304 (5 d.).

⁵⁾ (1972) A.C. 1027 HL 1084 f.

Lord Diplock's im Cyanamid-Fall, scheint mir dieser Einwand jedoch nicht berechtigt.

Die Abkehr von dem Erfordernis einer materiellrechtlichen Vorausprüfung der Hauptsache, dem prima facie case, ist im Schrifttum Überwiegend auf Ablehnung gestoßen.¹⁾ Beklagt wird vor allem ein Verlust an Rechtssicherheit²⁾ nachdem als erwiesen gilt, daß die Entscheidung im vorläufigen Verfahren häufig zur Grundlage eines außergerichtlichen Vergleichs gemacht wurde.³⁾ Wilson⁴⁾ behauptet etwa, ohne die früher übliche Hauptsacheprognose, werde sich die Hälfte aller interlocutory injunctions im Hauptsacheverfahren als ungerechtfertigt erweisen. Das wiederum setzt voraus, daß ein Hauptsacheverfahren, entgegen der bisherigen Praxis, überhaupt durchgeführt wird; gerade hierin aber liegt die rechtspolitische Zielsetzung der Cyanamid-Entscheidung des House of Lords.

Es hat daher auch nicht an Versuchen gefehlt, trotz der bindenden Entscheidung des House of Lords auch weiterhin eine materiellrechtliche Vorausprüfung im einstweiligen Rechtsschutz beizubehalten. So ist Wilson⁵⁾ der Auffassung, die Gerichte könnten in der Mehrzahl der Fälle allein aufgrund der Interessenabwägung nicht zu einem Ergebnis kommen, so daß dann doch eine materiellrechtliche Prüfung erforderlich würde.⁶⁾ Er begründet diese Auffassung vor allem damit, daß die American Cyanamid-Entscheidung die über-

¹⁾ Prescott, S. 169; A. Wilson, S. 303, der allerdings die Entscheidung nur in ihren Auswirkungen im patentrechtlichen Anwendungsbereich würdigt. Kritisch, aber doch zustimmend: Gore, S. 678 f.

²⁾ A. Wilson, S. 303 (1).

³⁾ S.o. S. 161.

⁴⁾ S.o. Fn. 2.

⁵⁾ A. Wilson, S. 304.

⁶⁾ S.o. S. 169 Fn. 3.

zeugende Begründung Lord Denning's und Megaw's zum prima facie case-in Hubbard v. Vosper¹⁾ nicht ausdrücklich verworfen habe. Nach Wilson sind daher im vorläufigen Verfahren nach wie vor auch schwierige Rechtsfragen und streitige Tatsachen zu würdigen, wenngleich die Entscheidung über Tatsachen und Rechtsfragen dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben müsse.²⁾

Lord Denning setzt sich in Fellowes v. Fisher³⁾ mit der Cyanamid-Entscheidung des House of Lords auseinander. In diesem Verfahren sollte der Beklagte im Wege einstweiligen Rechtsschutzes durch prohibitory injunction dazu verurteilt werden, eine Wettbewerbsabrede einzuhalten. Die interlocutory injunction wurde vom Court of Appeal ebenso wie in erster Instanz abgelehnt. Während jedoch Browne LJ. und Sir John Pennycuik in Anwendung der Cyanamid-Grundsätze ihre Entscheidung allein auf die Interessenabwägung stützten,⁴⁾ versagte Lord Denning den einstweiligen Rechtsschutz aufgrund einer materiellrechtlichen Prüfung der Hauptsache. Nach seiner Auffassung widersprechen sich die beiden einzigen zum einstweiligen Rechtsschutz ergangenen neueren Entscheidungen des House of Lords: Stratford v. Lindley,⁵⁾ die von der Lehre vom prima facie case ausgeht,⁶⁾ und American Cyanamid, wo diese Lehre gerade abgelehnt wird, ohne daß die frühere Entscheidung verworfen worden wäre. Bei dem Versuch, beide

1) S.O. S. 131.

2) A. Wilson, S. 304 (b).

3) (1975) 2 All ER 829 CA 831 ff; ebenso in Hubbard v. Pitt (1975) 3 All ER 1 CA 10.

4) Falsch insoweit Arens, S. 82. Die unterschiedliche Begründung hat das Ergebnis jedoch nicht beeinflußt. Beide Richter nahmen im Rahmen der Interessenabwägung allerdings auch eine provisorische materiellrechtliche Prüfung vor.

5) (1964) 3 All ER 102 HL.

6) S.O. S. 128 Fn. 1.

Auffassungen in Einklang zu bringen (reconciliation¹⁾), stützte sich Lord Denning auf Ausführungen in der American Cyanamid-Entscheidung, wonach eine Beurteilung nach den Umständen des Einzelfalles zu erfolgen habe.²⁾ In Einzelfällen könne daher auch eine materiellrechtliche Prüfung notwendig sein, weil das Gericht eine Entscheidung in der Sache zu fällen habe.

Diese etwas eigenwillige Interpretation der American Cyanamid-Entscheidung widerspricht der eindeutigen Aussage Lord Diplock's, das Gericht habe sich im vorläufigen Verfahren jeder Prüfung zu enthalten, die einem Hauptsachverfahren gleichen könnte.³⁾ Im Übrigen bezieht sich die von Lord Denning zitierte Passage von den Umständen des Einzelfalles⁴⁾ allein auf die bei der Interessenabwägung zu berücksichtigenden Umstände.⁵⁾ Schließlich widersprechen auch die beiden Entscheidungen des House of Lords nicht einander, so daß es einer reconciliation nicht bedarf; in Stratford v. Lindley wurde nämlich die Lehre vom prima facie case ohne eigene Begründung lediglich wiedergegeben, während in American Cyanamid unmittelbar darüber entschieden wurde.⁶⁾

Zu den in der American Cyanamid-Entscheidung bereits genannten Ausnahmefällen, in denen eine materiellrechtliche Vorausprüfung für zulässig gehalten wird,⁷⁾ sind noch zwei weitere Fallgestaltungen zu nennen: Der Arrest

¹⁾ Fellowes v. Fisher (1975) 2 All ER 829 CA 836 F.

²⁾ American Cyanamid v. Ethicon (1975) 1 All ER 504 HL 511.

³⁾ S.o. Fn. 2.

⁴⁾ S.o. Fn. 2.

⁵⁾ Ebenso Stamp LJ. in Fellowes v. Fisher (1975) 3 All ER 829 CA 841 D; ferner Gore, S. 676.

⁶⁾ Browne LJ. in Fellowes v. Fisher (1975) 3 All ER 829 CA 841 D.

⁷⁾ S.o. S. 169 Fn. 2 und 3.

zuerst durch den Antragsteller¹⁾ und die allein auf
seiner Grundlage beschleunigt durchgeführten vorläufigen Ver-
fahren,²⁾ bei der Anwesenheit des Beklagten an der für
das Hauptverfahren erforderlichen Gleichzeitigkeit des
Antragsgegenstandes und Rechtsschutzbegehrens im vor-
läufigen Verfahren und Hauptsacheverfahren, während
im zweiten Fall das Hauptsacheverfahren überhaupt ent-
behrlich ist.

Belitten sich die Grundsätze der American Cyanamid-Entscheidung in der Rechtsprechung zum einstweiligen Rechtsschutz anzuwenden,³⁾ so werden sich Auswirkungen auf das gesamte Rechtsschutzsystem ergeben. Das Eilverfahren wird erheblich beschleunigt,⁴⁾ da das Voraussetzungen erfordert von langwierigen Tatsachenfeststellungen und komplizierten rechtlichen Würdigungen entlastet. Ein Beschleunigungs- und Entlastungseffekt ergibt sich auch in weiterer Beziehung: Da die Entscheidung im vorläufigen Verfahren nur aufgrund einer Interessenabwägung nach der balance of convenience zu treffen ist, wird sie als reine Ermessensentscheidung vom Court of Appeal nur eingeschränkt nachgeprüft. Dies kann ferner dazu führen, daß sich die Verfahrensbeteiligten im Eilverfahren mit einer Instanz begnügen. Stattdessen - und auch insoweit lassen sich bisher nur Prognosen

stellen - könnte die Durchführung des Hauptsacheverfahrens für die Beteiligten attraktiver werden, nachdem im Eilverfahren nur noch ausnahmsweise eine Hauptsacheprüfung zulässig ist. Die interlocutory injunction wird damit jedenfalls auf ihre eigentliche Funktion beschränkt. Das Eilverfahren ist dann nicht mehr Ersatz-Erkenntnisverfahren,¹⁾ sondern dient nur noch der Vermeidung irreparabler Schäden für die Dauer des Rechtsstreits.²⁾

Die damit verbundene Integration des einstweiligen Rechtsschutzes in das Hauptsacheverfahren entspricht dann wieder dem historisch gewachsenen Idealbild vom Rechtsschutz vor den Equity-Gerichten: Die interlocutory injunction wird in der Hauptsacheverhandlung als final injunction bestätigt, während sich im Falle der Ablehnung im gleichen Verfahren der Schadensersatzprozeß anschließt.

Die Befürchtung, daß das Negativerfordernis, wonach das Klagebegehren nicht "frivolous" oder "vexatious" sein darf, den Zugang zu den Gerichten erleichtert,³⁾ dürfte sich als unbegründet erweisen. Der Kläger ist auch weiterhin nicht nur mit dem Schadensersatzrisiko belastet, sondern trägt auch weiterhin das extreme Kostenrisiko, daß als wesentliche Ursache für die Verdrängung des Hauptsacheverfahrens nicht beseitigt worden ist.⁴⁾

1) S.o. S. 156 ff.

2) S.o. S. 142 ff.

3) A. Wilson, S. 303, befürchtet das.

4) S.o. S. 159 ff.

Allerdings werden die Gerichte, wenn es nur noch auf die Interessenabwägung ankommt, auch kollektive und immaterielle Interessen angemessen berücksichtigen müssen.¹⁾ Eine erste Reaktion des Gesetzgebers auf die befürchteten Auswirkungen der Cyanamid-Entscheidung im kollektiven Arbeitsrecht enthält der Employment Protection Act 1975.²⁾ Wendet die beklagte Gewerkschaft gegen den Antrag des Arbeitgebers auf vorläufigen Rechtsschutz ein, sie habe "in contemplation or furtherance of a trade dispute" gehandelt, so soll das Gericht im Rahmen seiner Ermessensentscheidung auch die Erfolgsaussichten dieser Einrede überprüfen.

Zweck dieser Änderung ist es, den Beklagten im arbeitsrechtlichen Eilverfahren vor dem häufig als unzulänglich kritisierten Interessenvergleich³⁾ zu schützen. Unklar bleibt allerdings, ob der Gesetzgeber damit die alte Lehre vom prima facie case für diesen Bereich wiederherstellen wollte,⁴⁾ oder ob - und dafür spricht die Beschränkung der Erfolgsprognose auf den Beklagtenvortrag - nur die Beachtung eines weiteren Gesichtspunktes bei der Interessenabwägung sichergestellt werden sollte.

¹⁾ S.o. S. 137 ff; skeptisch insoweit Davies, S. 241.

²⁾ Sec. 17 (2) T.U.L.R.A. in der Fassung des E.P.A. 1975 Schedule 16 III para 6.

³⁾ Üblicherweise fiel die Interessenabwägung zugunsten der Arbeitgeber aus; vgl. Davies, S. 241 und die Nachweise auf S. 137 Fn. 3.

⁴⁾ Wedderburn, S. 173.

Zusammenfassung 6. Kapitel

Nach der Lehre vom *prima facie case* wird im vorläufigen Verfahren die rechtliche Prüfung der Hauptsache vorweggenommen. Hinsichtlich der Tatsachenfeststellungen gilt ein Vorwegnahmeverbot, wonach das streitige Vorbringen der Beteiligten einer Würdigung im Hauptsacheverfahren vorbehalten bleibt.

Auch eine umfassende Tatsachen- und Beweiswürdigung im vorläufigen Verfahren erfolgt vorbehaltlich anderer Erkenntnisse im Hauptsacheverfahren. In keinem Fall erlangt die vorläufige Entscheidung unbeschränkte Rechtskraft.

In Beleidigungsfällen führt das Verbot der Vorwegnahme der tatsächlichen Prüfung in der Regel zur Ablehnung einstweiligen Rechtsschutzes, um nicht der im Hauptsacheverfahren zuständigen Jury vorzugreifen. Im Übrigen wird auch eine Beeinträchtigung der Informations- und Pressefreiheit befürchtet.

In Ausnahmefällen kann der Kläger durch *interlocutory injunction* auch endgültige Befriedigung erlangen. Eine Befriedigungsverfügung ergeht, wenn das treu- oder rechtswidrige Verhalten des Beklagten eine *mandatory injunction* erfordert, bei eindeutiger Rechtslage oder zur Abwendung wesentlicher Nachteile für den Kläger.

In der Mehrzahl der Fälle endet der Rechtsstreit mit dem Eilverfahren. Die Funktion der *interlocutory injunction*, eine Zwischenregelung "*pendente lite*" zu schaffen, tritt zurück; stattdessen übernimmt der einstweilige Rechtsschutz die Rolle des Erkenntnisverfahrens.

Nach der *American Cyanamid-Entscheidung* des House of Lords ist eine Hauptsacheprognose im Eilverfahren nur noch in wenigen Ausnahmefällen zulässig. Die Entscheidung über den einstweiligen Rechtsschutz ergeht allein aufgrund einer Interessenabwägung nach der *balance of convenience*.

ZWEITER HAUPTTEIL

RECHTSVERGLEICHENDE UNTERSUCHUNG

7. Kapitel

Die Grundlagen des summarischen Verfahrens im deutschen und englischen Zivilprozeß

Der einstweilige Rechtsschutz im deutschen Zivilprozeß umfaßt außer Arrest und einstweiliger Verfügung eine Reihe spezialgesetzlicher Vorschriften, die entweder von der ZPO-Regelung ausgehen oder deren allgemeine Voraussetzungen zum Teil einschränken.¹⁾ Besonders hervorzuheben sind hier die einstweiligen Anordnungen in Familiensachen (§§ 620 ff, 641 d ZPO und §§ 1615 o Abs. 1, 1615 o Abs. 2 i.V.m. § 1615 k und § 1615 l BGB),²⁾ deren Entsprechungen im englischen Recht bereits erwähnt wurden.³⁾ Vorbild auch dieser Regelungen sind ebenfalls die §§ 916 ff, 935 ff ZPO.

§ 22 Rechtsgrundlagen und Voraussetzungen einstweiliger Maßnahmen

I. Rechtsgrundlagen

Die ZPO unterscheidet in den §§ 935, 940 zwei Arten von einstweiligen Verfügungen. Nach § 935 ZPO ist eine einstweilige Verfügung "in bezug auf den Streitgegenstand" zulässig, wenn die Gefahr besteht, daß die Rechtsverwirklichung durch veränderte Umstände vereitelt oder erschwert werden könnte, während die einst-

¹⁾ §§ 885, 889 BGB; 25 UWG; 61 Satz 2 UrhG; 41 PatG; 11 a GebrMG; dazu Stein-Jonas-Grunsky, Vor § 935 I 1.
²⁾ Dazu Stein-Jonas-Schlosser, §§ 620 ff; ferner zu §§ 627 ff a.F. vor allem Büdenbender und Leipold, Grundlagen, S. 144 ff.
³⁾ S.o. S. 33.

weilige Verfügung nach § 940 ZPO "zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis" ergeht. Dieser gesetzlichen Regelung folgend, werden die einstweiligen Verfügungen gemeinhin in Sicherungs- und Regelungsverfügungen unterteilt.¹⁾

Darüberhinaus hat sich im Wege richterlicher Rechtsfortbildung²⁾ eine auf Erfüllung gerichtete Verfügung entwickelt, deren Rechtsgrundlagen zweifelhaft sind.³⁾ Diese zur Unterscheidung von den Maßnahmen nach §§ 935, 940 ZPO auch als "dritte Art der einstweiligen Verfügung"⁴⁾ bezeichneten Eilverfahren, werden vereinzelt sogar als eigenständige "beschleunigte Prozeßart" auf gewohnheitsrechtlicher Grundlage bezeichnet.⁵⁾

Ausgehend von den Abgrenzungsschwierigkeiten der beiden in §§ 935, 940 ZPO geregelten Tatbestände,⁶⁾ wird, auch unter Berufung auf den gemeinsamen Grundgedanken, die Auffassung vertreten, beide Vorschriften ergänzten sich zu einer umfassenden General-

-
- 1) Etwa Jauernig, S. 323; Schilken, S. 124; a.A. Leipold, Grundlagen, S. 105 ff und zust. Renck, S. 1409 der in Sicherungs-, Abwehr- und Angriffsverfügungen unterteilt. Der Erkenntniswert solcher Systematisierungsversuche ist jedoch zweifelhaft; vgl. Schilken, S. 134.
 - 2) Baur, BB 64, 609; 14 AJCL 252; Stein-Jonas-Grunsky, Vor § 935 IV 1; zuletzt umfassend Schilken, S. 50 ff, der wesentlich auf eine Erweiterung des Normzwecks bei § 940 ZPO abstellt (S. 95 f).
 - 3) Baur a.a.O. Fn. 2.
 - 4) Dazu die umfangreichen Nachw. bei Schilken, S. 16 Fn. 4.
 - 5) So etwa Markett, S. 34 ff; nach Grunsky, Einführung, S. 97, 99 ff eine gewohnheitsrechtliche Entwicklung "praeter, wenn nicht contra legem".
 - 6) Auch in der Praxis wird zwischen § 935 und § 940 ZPO nicht immer scharf unterschieden: Stein-Jonas-Grunsky, Vor § 935 III 1; Grunsky, JuS 76, 279.

klausel,¹⁾ die damit auch Grundlage der auf Erfüllung gerichteten einstweiligen Verfügung sein könnte, sofern deren Zulässigkeit überhaupt bejaht wird.²⁾

Diese Auffassung nähert sich auffallend der Rechtslage im englischen Zivilprozeß, wonach Rechtsgrundlage für alle Arten von interlocutory injunctions, einschließlich der neu entwickelten Arrestverfügungen,³⁾ die Generalklausel s. 45 des Judicature Act, 1925 ist.⁴⁾ Danach kann das Gericht in allen Fällen, in denen es gerecht und zweckmäßig erscheint, einstweiligen Rechtsschutz gewähren. Obwohl hier die tatbestandlichen Voraussetzungen noch viel allgemeiner gehalten sind, als bei den §§ 935, 940 ZPO, und insbesondere die Zwecke Sicherung oder Regelung nicht angegeben werden, hat dies nicht zu einer exzessiven Ausdehnung einstweiliger Maßnahmen geführt. Eine Beschränkung ergibt sich sowohl aus der inherent jurisdiction des ehemaligen Court of Chancery,⁵⁾ als auch aus dem Gedanken der Subsidi-

¹⁾ So die wohl h.M., vor allem Leipold, Grundlagen, S. 101 ff; Strukturfragen, S. 161; Minnerop, S. 56 ff; Gerhardt, S. 264 f; die Möglichkeit einer klaren Trennung beider Vorschriften wird in Rspr. und Schrifttum weitgehend verneint (vgl. die umfassenden Nachweise bei Schilken, S. 51 Fn. 2); ausdrücklich ablehnend Hobbeling, S. 88; Schilken, S. 78.

²⁾ Dazu ausführlich Schilken, S. 40 ff m.w.N.; ferner § 24 I.

³⁾ S.o. S. 60; demgegenüber ging die einstweilige Verfügung nach § 935 ZPO mit Schaffung der ZPO aus dem früher wesentlich umfassenderen Institut des Arrestes hervor; siehe Baur, Studien S. 1; Eichhorn, S. 32; Leipold, Grundlagen, S. 71 f; Rohmeyer, S. 18.

⁴⁾ S.o. S. 46 ff.

⁵⁾ S.o. S. 47 ff.

diarität vorbeugender Rechtsschutzmaßnahmen.¹⁾ Auch die Unterwerfungserklärung des Klägers in Form des undertakings²⁾ hat sicherlich eine abschreckendere Wirkung, als die im Zeitpunkt der Anordnung einstweiligen Rechtsschutzes noch ungewisse Möglichkeit nach § 945 ZPO in Anspruch genommen zu werden.

II. Die Voraussetzungen einstweiliger Maßnahmen

Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Verfügung ist, wie beim Arrest, grundsätzlich das Bestehen eines zu sichernden Anspruchs, des Arrest- oder Verfügungsanspruchs, sowie einer dem Anspruch drohenden Gefahr, des Arrest- oder Verfügungsgrundes.

1. Verfügungsanspruch

Als Arrest- und Verfügungsanspruch wird bei den §§ 916, 935 ZPO das zu sichernde materielle Recht gesehen. Gleiches gilt für die einstweilige Verfügung zur Regelung eines streitigen Rechtsverhältnisses nach § 940 ZPO,³⁾ wenngleich der Wortlaut dies nicht unbedingt nahelegt. Daher wird teilweise die Auffassung vertreten, § 940 ZPO setze nur ein

¹⁾ S.o. S. 39 ff; ferner Kötz, S. 154. Die Zusammenhänge zwischen vorbeugendem und einstweiligem Rechtsschutz im deutschen Recht untersucht Henckel, S. 105 - 110.

²⁾ S.o. S. 90 ff.

³⁾ So die wohl h.M. Baur, BB 64, 608; Studien, S. 33; J. Blomeyer, ZP 81, 38; Eichhorn, S. 55; Grunsky, JuS 76, 279; Hadding, S. 20; Jauernig, S. 338 Fn. 49; Stein-Jonas-Grunsky, § 940 I.

Recht oder Rechtsverhältnis voraus.¹⁾ Auch damit ist nur die Begründetheit des Hauptsachebegehrens gemeint, die im Eilverfahren vorab zu prüfen ist.²⁾ Wie nach der Lehre vom *prima facie case*³⁾ ist daher eine volle Schlüssigkeitsprüfung des Anspruchs oder Rechtsverhältnisses erforderlich.⁴⁾ Dagegen wird die in Hubbard v. Vosper grundsätzlich verlangte Überprüfung der Schlüssigkeit auch des Verteidigungsvorbringens im vorläufigen Verfahren nach der ZPO kaum gefordert.⁵⁾

2. Verfügungsgrund

Der Streit, ob der Arrest- oder Verfügungsgrund materiellrechtliche Voraussetzung einstweiliger Maßnahmen ist,⁶⁾ oder zur Zulässigkeit als besonderer Erscheinungsform des Rechtsschutzbedürfnisses zählt,⁷⁾ ist unter Rechtskraftaspekten gerade

¹⁾ Hobbeling, S. 30 f; Rosenberg, S. 1107; Schulte, S. 67 f; ferner Schilken, S. 79 ff, der aber für bestimmte Fälle aus einer Erweiterung des Normzwecks des § 940 ZPO heraus, auch einen Verfügungsanspruch bejaht (S. 90 ff), gleichwohl jedoch auf einer Trennung der §§ 935, 940 ZPO beharrt, A.A. Leipold, Grundlagen, S. 71, der § 940 ZPO zum Ausgangspunkt für seine Auff. vom Verzicht auf materiellrechtliche Vorausprüfung nimmt, Minnerop, S. 51 ff läßt auch für § 935 ZPO ein Rechtsverhältnis genügen.

²⁾ Leipold, Grundlagen, S. 71 f; ZZP 90, 266.

³⁾ S.o. S. 127 ff.

⁴⁾ Baur, Studien, S. 28 ff; Baumgärtel, S. 402; Stein-Jonas-Grunsky, § 935 II 4; § 940 I; Wenzel, MDR 67, 889.

⁵⁾ S.o. S. 116. So aber Eich, S. 11 (Li.Sp.);

⁶⁾ LG Berlin 88 75, 61.

⁷⁾ Schilken, S. 124 f, 128 mit zahlreichen Nachw. in Fn. 12; ferner Krieger, S. 169 und OLG München GRUR 76, 150.

⁷⁾ So die wohl h.M. vgl. die Nachw. bei Schilken, S. 124 f Fn. 13; ferner OLG Köln WRP 76, 717. Zum Verhältnis Verfügungsgrund-Rechtsschutzbedürfnis vgl. Finken, S. 162 f.

im einstweiligen Rechtsschutz ohne große Bedeutung¹⁾ und findet in der Praxis kaum Beachtung. Dem Arrest- oder Verfügungsgrund entspricht das Dringlichkeits-erfordernis im französischen référé-Verfahren (Art. 806 c.p.c. "dans tous les cas d'urgence"²⁾). Weder die ZPO noch der CPC enthält jedoch eine Konkretisierung dieses Verfügungsgrundes.³⁾ Für die interlocutory injunction ergeben sich in dieser Hinsicht keine Probleme. Im englischen einstweiligen Rechtsschutz herrscht grundsätzlich eine Dringlichkeitsvermutung,⁴⁾ die der Beklagte durch die Einreden Delay und Acquiescence entkräften kann.⁵⁾ Dies bedeutet zunächst eine Erleichterung für den Kläger, vor allem aber auch für das Gericht. Ob dadurch jedoch einstweiliger Rechtsschutz leichter zu erlangen ist, bleibt fraglich; die Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes ist sicherlich kein entscheidendes Hindernis für den Antragsteller und schließt letztlich ein Bestreiten durch den Antragsgegner nicht aus.

In einigen Sonderfällen wird allerdings auch bei der einstweiligen Verfügung auf eine Glaubhaftmachung der Gefährdung verzichtet. So bei der Anordnung der Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs in das Grundbuch oder Schiffsregister

¹⁾ Minnerop, S. 37 f. Zur Rechtskraft ferner Höhne, a.a.O.

²⁾ Dazu Neumann, S. 16 ff; ähnlich Art. 289 ff der niederländischen Zivilprozeßordnung, die dem CPC nachgebildet ist; Zonderland, S. 234.

³⁾ Neumann, S. 22.

⁴⁾ Ebenso in der 2. Alternative des Art. 806 CPC.

⁵⁾ Anders bei der ex parte injunction, bei der die Dringlichkeit nachzuweisen ist; s.o. S. 78 f, Fn. 6.

nach §§ 885 Abs. 1, 899 Abs. 2 BGB und im Falle des § 1615 o BGB.¹⁾ Läßt man in diesen Fällen die Möglichkeit einer "Gegenglaubhaftmachung" zu,²⁾ so ergeben sich mit der interlocutory injunction vergleichbare Verhältnisse. Dies wird noch deutlicher bei der einstweiligen Verfügung in Wettbewerbsachen nach § 25 UWG, bei der ebenfalls eine Dringlichkeitsvermutung angenommen wird,³⁾ die durch längeres Zögern bei der Antragstellung oder durch Duldung des behaupteten wettbewerbswidrigen Verhaltens widerlegt werden kann.⁴⁾

Es finden sich daher auch im deutschen Recht vereinzelt Parallelen zu den Einreden Delay und Acquiescence, die im Rahmen des Verfügungsgrundes geprüft werden, ohne daß diese Gegenrechte allerdings wie im englischen Zivilprozeß institutionalisiert wären. Auffassungen, wonach zulanges Zögern allgemein als Indiz gegen das Vorliegen eines Verfügungsgrundes anzusehen ist,⁵⁾ zeigen, daß insoweit die Übernahme einer Anregung aus dem englischen Recht schon de lege lata möglich erscheint.

1) Vgl. die übrigen bei Stein-Jonas-Grunsky, Vor § 935 I 1 genannten Fälle.

2) So wohl Stein-Jonas-Grunsky, Vor § 935 I 1 und Brüggemann, FamRZ 71, 150 für die einstweilige Verfügung nach § 1615 o BGB.

3) Siehe nur die umfangreichen Nachweise bei Leipold, Grundlagen, S. 131 Fn. 3 und Pastor, S. 143 ff; ferner die Entscheidungen in Fn. 4. Ablehnend Schilken, S. 156. Nach älterer Auffassung ist ein Verfügungsgrund bei § 25 UWG nicht erforderlich: A. Blomeyer, S. 662; KG GRUR 31, 291; OLG Düsseldorf JW 34, 497.

4) OLG Düsseldorf OB 69, 1012; OLG Frankfurt NJW 68, 1386; 70, 250; OLG München GRUR 76, 150; OLG Hamburg WRP 76, 483; a.A. Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 940, 2 B; OLG Frankfurt GRUR 76, 664, wonach der Duldung materiellrechtliche Wirksamkeit zukommen muß.

5) So Thomas-Putzo, § 940, 3 im Anschluß an OLG Hamburg MOR 74, 148; ferner Hadding, S. 36, der eine analoge Anwendung des § 25 UWG auf andere wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche vertritt.

Der Grundsatz "irreparable damages" wäre systematisch ebenfalls dem Verfügungsgrund zuzuordnen.¹⁾ Nur im Falle irreparabler, d.h. durch Schadenersatz nicht ausgleichbarer Schäden, ist einstweiliger Rechtsschutz erforderlich und gerechtfertigt. Diese aus dem Gegensatz equity-common law für das englische Recht selbstverständliche Fragestellung,²⁾ spielt bei der einstweiligen Verfügung für die Voraussetzung der Anspruchs- oder Rechtsgefährdung keine Rolle.³⁾ Gleichwohl erscheinen derartige Überlegungen auch bei der einstweiligen Verfügung de lege lata zulässig, so daß die Anspruchsgefährdung verneint werden könnte, sofern ein vollständiger Ausgleich hypothetischer Schäden möglich wäre.⁴⁾ Anhaltspunkte für eine derartige Interpretation des Verfügungsgrundes ergeben sich etwa aus einigen Vorschriften der partikularen Prozeßordnungen, deren Regelungen von der CPO übernommen wurden.⁵⁾ So bestimmt der "Entwurf einer allgemeinen Civilprozeßordnung für die deutschen Bundesstaaten" aus dem Jahre 1866 in § 540:

¹⁾ S.o. S. 119.

²⁾ Kötz, S. 154 f; dies gilt auch für das in dieser Beziehung einheitliche Recht der USA; vgl. Peterson, S. 275 und die Rechtsprechungsnachweise da selbst (Fn. 56).

³⁾ Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 940, 2 B; Rintelen, S. 61 f; Thomas-Putzo, § 935, 3; Wieczorek, § 935, B I a 1, § 940 C I; OLG Stettin OLG Rspr. 2, 40.

⁴⁾ Dieser Gesichtspunkt ist als Voraussetzung einstweiliger Maßnahmen bisher nicht untersucht worden. Lediglich Hobbeling (S. 244 ff) widmet einen Teil seiner Untersuchung dem Irreparabilitätsaspekt bei den Folgen der Leistungsverfügung.

⁵⁾ So ausdrücklich die Begründung zum 3. Entwurf der CPO; Hahn, Bd. II 1, S. 471.

"Während eines bereits anhängigen Rechtsstreites, sowie zur Einleitung eines solchen, können einstweilige Verfügungen ... erlassen werden, wenn eine Partei einen u n e r s e t z l i c h e n oder s c h w e r z u e r s e t z e n d e n Schaden zu besorgen hat.....".

Ganz ähnlich lautet § 625 der "Prozeß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherzogtum Baden" von 1864 und § 519 der "Allgemeinen Prozeßordnung für das Königreich Hannover" aus dem Jahre 1850.

Diese Voraussetzung eines irreparablen Schadens findet sich zwar nicht in den übrigen Prozeßordnungen¹⁾ und ist auch nicht wörtlich in die CPO eingegangen. Eine entsprechende Berücksichtigung im Rahmen des Verfügungsgrundes²⁾ würde aber vor allem, worauf Leipold³⁾ bereits hingewiesen hat, den "eklatanten Wertungswiderspruch" vermeiden, wonach zwar der Antragsgegner sich auf die Möglichkeit seines Schadensersatzanspruches nach § 945 ZPO verweisen lassen muß, nicht jedoch der Antragsteller.

Die übrigen als allgemeine Grundsätze bezeichneten Voraussetzungen der interlocutory injunction, "clean hands" und "he who seeks equity must do equity",

-
- 1) Dort wird nur noch der Begriff "Gefahr im Verzuge" verwandt (§ 823 des preußischen Entwurfs 1864 und ähnlich Art. 605 Abs. 1 der bayrischen Prozeßordnung 1869.
 - 2) Die Möglichkeit einer Auslegung des Begriffs "Verfügungsgrund" unter Berücksichtigung der Normvorstellungen des Gesetzgebers einschließlich der Entstehungsgeschichte der Vorschriften kann hier nur angedeutet werden; vgl. Larenz, S. 315 ff.
 - 3) Grundlagen, S. 90.

liegen sich zwar mit Treu- und Glaubensgrundsätzen, etwa dem Grundsatz des "venire contra factum proprium"¹⁾ vergleichen, ohne daß sie jedoch im Recht der einstweiligen Verfügung eine Entsprechung fänden. Es handelt sich dabei um typische Equity-Maximen, die allerdings im einstweiligen Rechtsschutz, insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen und im Urheberrecht, ihre eigene Funktion haben.²⁾

§ 23 Das summarische Verfahren

I. Grundzüge im Vergleich

Die im deutschen Schrifttum umstrittene Frage nach der Rechtsnatur des Verfügungsverfahrens³⁾ stellt sich im englischen Zivilprozeß nicht. Zuständig für die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes durch interlocutory injunction ist der Richter und nicht etwa der master oder registrar.⁴⁾ Für die Zulässig-

¹⁾ Ein Grundsatz der auch im Prozeßrecht Anwendung findet (Rosenberg-Schwab, S. 351 f), allerdings nicht in dieser ungewöhnlichen Form der Einwirkung materiellrechtlicher Gesichtspunkte in das Verfahrensrecht (s.o. S. 106).

²⁾ S.o. S. 105 ff.

³⁾ Nach wohl h.M. summarisches Erkenntnisverfahren: Grunsky, JuS 76, 280; Hobbeling, S. 210; Leipold, Grundlagen, S. 18 f m.w.N. in Fn. 6 ff; Schilken, S. 52 ff; Stein-Jonas-Grunsky, vor § 935 II. A.A. Cohn, JW 15, 1338 f; Rohmeyer, S. 82 ff und ihm folgend Hoffmann, S. 48 f ordnen das Verfügungsverfahren der Verwaltung zu, während A. Blomeyer, S. 656, 666 ff es als Sonderverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit sieht.

⁴⁾ Anders bei den eherechtlichen Unterhaltsverfügungen auch in USA; s.o. S. 33 Fn. 4, S. 76. Dem widerspricht auch nicht, daß es sich um Ermessensentscheidungen handelt (Rohmeyer, S. 88 ff; Hoffmann, S. 48 f). Der Streit Ermessen oder Beurteilungsspielraum (ausführlich dazu Schilken, S. 53 ff mit zahlreichen Nachweisen) führt letztlich zu der gleichen praktischen Konsequenz einer eingeschränkten Überprüfbarkeit der Entscheidung.

keit einzelner Verfügungstypen, etwa der auf Erfüllung gerichteten einstweiligen Verfügung, ergibt sich aus der Erkenntnis der Rechtsnatur des Eilverfahrens nichts; allenfalls läßt sich daraus etwas für die Anwendbarkeit der Grundsätze des Erkenntnisverfahrens herleiten.¹⁾ Da die interlocutory injunction jedoch grundsätzlich erst nach Rechtshängigkeit der Hauptsache beantragt werden kann, und in Ausnahmefällen ihre vorherige Anordnung unter der Bedingung baldiger Klageerhebung erfolgt,²⁾ ist der einstweilige Rechtsschutz ein unselbständiger Teil des englischen Erkenntnisverfahrens, ein Zwischenverfahren, das den allgemeinen Voraussetzungen des Hauptsacheprozesses unterliegt.

Von großer praktischer Bedeutung erscheint mir das Problem der Einheitlichkeit der Rechtsprechung im Eilverfahren.³⁾ Die verfahrensbeendende Wirkung vieler Verfügungssachen⁴⁾ und die Verbreitung der sogenannten Leistungsverfügung⁵⁾ mögen für sich allein nicht die grundsätzliche Zulassung der Revision rechtfertigen. Die Rechtszersplitterung

¹⁾ So Grunsky, JuS 76, 280; Stein-Jonas-Grunsky, vor § 935 II; Ullmann, BB 75, 236.

²⁾ S.o. S. 76 f; ähnlich auch § 540 des Entwurfs einer allgemeinen CPO für die deutschen Bundesstaaten von 1866 (s.o. S. 185).

³⁾ Hier liegen in England durch die Zentralisierung der Chancery-Gerichtsbarkeit schon andere Bedingungen vor; dazu Vollkommer, S. 183.

⁴⁾ Siehe nur Grunsky, Grundlagen, S. 221; JuS 76, 283 Fn. 69.

⁵⁾ Etwa Grunsky, JurA 70, 724; JuS 76, 283. In diesem Zusammenhang ist interessant, daß der BGH zur Zulässigkeit dieser Verfügungsart bisher nur in obiter dicta Stellung genommen hat; vgl. BGHZ 40, 367, 379; BGH NJW 65, 915.

gerade im Wettbewerbsrecht etwa, könnte jedoch durch gelegentliche höchstrichterliche Entscheidung vermieden werden.¹⁾ Der Vorschlag, diesem Zustand durch Richtlinien abzuhelpfen,²⁾ verspricht kaum Erfolg, da die Gerichte an derartige Normen nicht gebunden sind. Erwägenswert erscheint mir deshalb, in Anlehnung an das englische Verfahrensrecht,³⁾ durch Änderung des § 545 Abs. 2 ZPO eine Zulassungsrevision einzuführen.⁴⁾

II. Rechtliches Gehör und mündliche Verhandlung

Der aus dem Gebot der richtigen und gerechten Entscheidung folgende Grundsatz des rechtlichen Gehörs,⁵⁾ gilt nach einhelliger Auffassung auch für das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes.⁶⁾ Während § 921 Abs. 1 ZPO für die Anordnung des Arrests die mündliche Verhandlung freistellt, hat die Entscheidung über den Erlaß einer einstweiligen Verfügung nach § 937 Abs. 2 ZPO regelmäßig auf Grund mündlicher Verhandlung zu erfolgen.⁷⁾ Die Vermutung, daß die Praxis die mündliche Verhandlung eher als

¹⁾ Siehe auch Eich, S. 2. Pastor, S. 3 führt aus, das im Wettbewerbsrecht oft eine einzige Entscheidung genügt, um endgültige Richtlinien zu schaffen.

²⁾ So Krieger, S. 168 für die Dringlichkeit bei § 25 UWG.

³⁾ S.o. S. 88.

⁴⁾ Kritisch dazu Zonderland, S. 241 f. § 545 Abs. 2 ZPO wurde durch Art. 3 des Änderungsgesetzes zur ZPO vom 22.05.1910 eingeführt (RGBl. Nr. 26 v. 27.05.1910).

⁵⁾ Dazu Schwartz, S. 11 m.w.N.

⁶⁾ Grunsky, JuS 76, 280; Schwartz, S. 85 f; Stein-Jonas-Grunsky, vor § 916 II 8.

⁷⁾ A.A. gegen den eindeutigen Wortlaut Borck, S. 238.

Ausnahme behandelt,¹⁾ kann für bestimmte Bereiche auch statistisch belegt werden.²⁾ Daß diese einseitigen Entscheidungen meist nicht angefochten werden, kann die Verletzung von Verfahrensgarantien nicht rechtfertigen.³⁾

Gerade bei der Leistungsverfügung, die auch auf Unterlassung gerichtet sein kann, soll nach Ansicht einiger Autoren die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung als seltene Ausnahme gelten.⁴⁾ Auch der Entwurf eines "zweiten Gesetzes zur Änderung der Zivilprozeßordnung" aus dem Jahr 1972 wollte einem großzügigen Verzicht auf mündliche Verhandlung entgegenwirken und bestimmte in § 937 Abs. 4: "Eine einstweilige Verfügung darf ohne mündliche Verhandlung nur ergehen, wenn sie so eilbedürftig ist, daß sie nicht bis zur mündlichen Verhandlung aufgeschoben werden kann, oder wenn durch die Anordnung der mündlichen Verhandlung der Zweck der einstweiligen Verfügung gefährdet wird."⁵⁾

¹⁾ Zeuner, S. 8 f für den Bereich des Arbeitskampfes. Bei gleicher Rechtslage ist in Japan auch das Gegenteil der Fall; vgl. Nakatsukasa, S. 387 f.

²⁾ Engelschall (S. 104 berichtet, daß von den ersten 100 Eilsachen vor der für Wettbewerbssachen zuständigen Zivilkammer des LG Hamburg 81 auf Verfügungsverfahren entfielen; davon wurden 5 Anträge zurückgenommen und in den übrigen 76 Fällen ohne mündliche Verhandlung entschieden. Nach den Erhebungen Uebes (S. 123) wurden etwa 40 % der Verfügungsentscheide der 7. Zivilkammer des LG Frankfurt ohne Anhörung des Antragsgegners erlassen.

³⁾ So aber wohl Engelschall, S. 104.

⁴⁾ Faupel, S. 868; Heckelmann, S. 177 Fn. 145; Marcus, S. 342; Schilken, S. 132.

⁵⁾ Zustimmend Holtgrave, S. 13; krit. Borck, S. 238, 241 ff; Engelschall, S. 103 ff; Krieger, S. 168. Der Entwurf wurde allerdings wieder fallengelassen.

Gleichwohl sind in der Praxis, insbesondere im gewerblichen Rechtsschutz¹⁾ und dem Presserecht,²⁾ einseitige Verfügungen nach wie vor häufig. Ihre Zulässigkeit wird allgemein damit begründet, daß das Interesse des Antragstellers an effektivem Rechtsschutz eine Einschränkung des Grundrechts aus Art. 103 Abs. 1 GG erfordere. Eilbedürftigkeit, aber auch Vereitelungsgefahr rechtfertigten es, dem Antragsgegner erst im Widerspruchsverfahren nach §§ 924, 925, 936 ZPO rechtliches Gehör zu gewähren.³⁾

Die englische Lösung erscheint mir demgegenüber ausgewogener und interessengerechter. Abgesehen davon, daß die ex parte injunction engeren Voraussetzungen unterliegt als die interlocutory injunction,⁴⁾ ist sie vor allem befristet. Bei einer Geltungsdauer von maximal 5 Tagen⁵⁾ ist die Effektivität des einstweiligen Rechtsschutzes gewahrt; eine weitere Einschränkung des Rechts auf Gehör ist nicht erforderlich.⁶⁾ Vor der dann folgenden Ent-

1) Pastor, S. 198 bezeichnet die einseitige Verfügung als "hohes taktisches Mittel."

2) Nach Engelschall (S. 104) werden allerdings in Gendarstellungssachen öfters mündliche Verhandlungen als in der Wettbewerbskammer angeordnet.

3) Baur, AcP 154, 404; Maunz-Dürig, Art. 103 Rdz. 46 Fn. 2; Schwartz, S. 86; Grunsky, JuS 76, 280 Fn. 32 führt zur Begründung Entscheidungen des BVerfG zum Strafverfahrensrecht an; staatlicher Strafanspruch und Justizgewährungsanspruch lassen sich jedoch nicht gleichsetzen.

4) S.o. S. 77 ff; eine Unterscheidung, die im Verfügungsverfahren irrelevant ist.

5) Ähnlich die Rechtslage in den USA, wo die temporary restraining order auf 10 Tage befristet ist (Fed.R. Civ.P. 65 (b)).

6) Zum Umfang der Einschränkung auch Schwartz, S. 17.

scheidung über die Fortdauer der einstweiligen Verfügung wird dem Antragsgegner rechtliches Gehör gewährt.¹⁾ Demgegenüber belastet der Widerspruch nach §§ 924, 925, 936 ZPO den Antragsgegner unangemessen, da er wiederum von Zulässigkeitsvoraussetzungen abhängt und unter Umständen ins Leere geht, wenn der Antragsteller den Antrag zurücknimmt, nachdem er sein Ziel erreicht hat.²⁾

Diese Lösung würde den Verhandlungsgrundsatz auch im Eilverfahren verwirklichen,³⁾ ohne die schutzwürdigen Interessen des Antragstellers zu gefährden. Wenn eine derartige befristete einseitige Verfügung mit anschließender mündlicher Verhandlung auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspräche und sich damit als zulässige Maßnahme nach § 938 Abs. 1 ZPO erweist, so wäre sie doch erst de lege ferenda möglich,⁴⁾ weil andernfalls die Vorschriften der §§ 924, 925, 936 ZPO obsolet würden.⁵⁾

¹⁾ Baur, AcP 153, 403; Grunsky, JuS 76, 280; Maunz-Dürig, Art. 103 Rdz. 39; Schwartz, S. 18, sind ebenfalls grundsätzlich dafür, rechtliches Gehör vor Erlass einer Entscheidung zu gewähren.

²⁾ Zu den daraus entstehenden prozessualen Problemen: Fürst, S. 890; a.A. Ullmann, S. 236.

³⁾ Peterson (S. 269) führt die Abneigung amerikanischer Gerichte vor ex parte Verfahren, im Gegensatz zur deutschen Praxis, auf die tiefe Verwurzelung des kontradiktorischen Systems zurück.

⁴⁾ Siehe jedoch Grunsky, Jura 70, 730 f., der bei der Geldleistungsverfügung für eine Befristung eintritt, um den "schwarzen Peter" des erforderlichen Antrags dem Gläubiger zuzuschieben; a.A. Finken, S. 177.

⁵⁾ Es bedürfte dann auch einer Änderung des § 929 ZPO. Unterbunden würden damit auch prozessaktische Maßnahmen wie sie Pastor (S. 198 f.) beschreibt. Ablehnend auch Leipold, Grundlagen, S. 134.

Nun setzt die Gewährleistung rechtlichen Gehörs nicht unbedingt eine mündliche Verhandlung voraus.¹⁾ Auch bei großer Dringlichkeit sollte daher der Antragsgegner zumindest schriftlich gehört werden.²⁾ Ein vollwertiger Ersatz für eine mündliche Verhandlung kann diese schriftliche Anhörung, ebenso wie andere Informationsquellen des Gerichts,³⁾ jedoch nicht sein.⁴⁾ Die mündliche Verhandlung erweitert die Entscheidungsgrundlage und gibt den Parteien unmittelbar Gelegenheit zur Stellungnahme. Dabei ist das Prinzip der Mündlichkeit gerade im Eilverfahren von besonderer Bedeutung, weil ein Schriftsatzvorbehalt oder ein Anspruch der Parteien auf Vertagung nicht besteht,⁵⁾ sondern das Gericht in aller Regel sofort entscheidet.⁶⁾ Wie im englischen Recht, so ist auch in Deutschland durch kurzfristige Anberaumung eines Termins zur mündlichen Verhandlung kaum eine Verzögerung des Eilverfahrens

¹⁾ Baur, AcP 153, 408; Engelschall, S. 105; Maunz-Dürig, Art. 103 Rdz. 72.

²⁾ Heckelmann, S. 176, Marcus, S. 342; Ritter, ZZP 88, 163 ff, 167.

³⁾ A.A. Engelschall (S. 104) der auf die Schutzschrift in Pressesachen und das Abmahnungsschreiben im Wettbewerbsrecht hinweist.

⁴⁾ Das zeigt die Praxis in England und Irland wo ex parte injunctions gewährt, interlocutory injunctions später jedoch abgelehnt werden; siehe Casey, S. 350 mit Rechtsprechungsnachweisen in Fn. 18. Bei schriftlicher Anhörung besteht allerdings kein Anwaltszwang; vgl. Thomas-Putzo, § 922, 2 ; OLG Frankfurt NJW 78, 172 zu §§ 620 ff ZPO.

⁵⁾ Baur, BB 64, 607; Pastor, S. 223, 228; Wenzel, MDR 67, 891.

⁶⁾ Dazu und zum Grundsatz der Waffengleichheit in der mündlichen Verhandlung: Vinck, WRP 75, 82.

zu befürchten.¹⁾ Dabei ist die mündliche Verhandlung in Wettbewerbssachen nach Pastor²⁾ geradezu das Idealbild für eine Reform des Erkenntnisverfahrens, weil sie in einem einzigen Termin zu einer umfassenden Überprüfung des gesamten Rechtsstreits führt.³⁾ Das Gericht ist ähnlich dem englischen Richter⁴⁾ bei der Vorbereitung und Durchführung der mündlichen Verhandlung sehr frei, wenngleich die "weitherzige Anwendung"⁵⁾ des § 273 ZPO dort ihre Grenzen findet, wo sie das Eilverfahren derart belastet, daß sich ebensogut das Hauptsacheverfahren durchführen ließe.

III. Glaubhaftmachung und Sicherheitsleistung

Die Glaubhaftmachung im Eilverfahren entspricht der Beweisführung im Hauptsacheverfahren (§§ 920 Abs. 2, 936 ZPO). Für den Antragsteller bedeutet sie in der üblichen Form der eidesstattlichen Versicherung nach § 294 Abs. 1 ZPO eine wesentliche Erleichterung, während diese Art der Beweisführung für den Gegner eine gewisse Gefahr darstellt.⁶⁾ Dem Gericht

¹⁾ Vinck, WRP 75, 81 für das Wettbewerbsrecht; a.A. Engelschall, S. 104, der darauf hinweist, daß Urteile abzusetzen seien.

²⁾ S. 216.

³⁾ Diese Vorstellungen sind im englischen Zivilprozeß von jeher verwirklicht; s.o. S. 31 Fn. 4.

⁴⁾ S.o. S. 84 f. Wie in England kennt auch das der ZPO nachgebildete japanische Prozeßrecht die Möglichkeit des Kreuzverhörs im einstweiligen Rechtsschutz; vgl. Nakatsukasa, S. 388.

⁵⁾ Pastor, S. 218; zu § 273 (§ 272 b a.F.) ZPO ferner Marcus, S. 342.

⁶⁾ Leipold, ZZP 90, 266; bezeichnet sie als nicht "sonderlich vertrauenserweckendes Beweismittel."

vermittelt die Glaubhaftmachung lediglich den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit einer Behauptung.¹⁾

Dies entspricht genau den Verhältnissen im einstweiligen Rechtsschutz des anglo-amerikanischen Rechts.²⁾ Die Unzuverlässigkeit der Beweisführung durch affidavits³⁾ hat dort jedoch dazu geführt, daß zunächst der Kläger⁴⁾ und später auch der Beklagte⁵⁾ verpflichtet wurden, eine Garantie abzugeben. Ganz ähnlich, jedoch nicht zwingend, bestimmt § 921 Abs. 2 Satz 2, § 936 ZPO, daß die Anordnung einstweiligen Rechtsschutzes trotz Glaubhaftmachung des Anspruches und der Gefahr von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden kann. Demgegenüber bietet die Regelung der §§ 921 Abs. 2 Satz 1, 936 ZPO, wonach die Glaubhaftmachung durch Sicherheitsleistung ersetzt werden kann, eine große Erleichterung für den Kläger. Wo die Darlegung und Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes entbehrlich ist,⁶⁾ kann daher nach §§ 921 Abs. 2 Satz 1, 936 ZPO keine Sicherheitsleistung verlangt werden,⁷⁾ wohl aber nach §§ 921 Abs. 2 Satz 2, 936 ZPO.

¹⁾ Leipold, Grundlagen, S. 23; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, § 294 III 2; Thomas-Putzo § 294, 1; nach Wieczorek (§ 282 D III) eine gute Möglichkeit des Geschehens.

²⁾ S.o. S. 83 ff.

³⁾ Dazu Casey, S. 356 f m.w.N. aus der amerikanischen Rechtsprechung und Literatur.

⁴⁾ Zunächst beschränkt auf die ex parte injunction; s.o. S. 41 und 90.

⁵⁾ S.o. S. 94.

⁶⁾ S.o. S. 183.

⁷⁾ Stein-Jonas-Grunsky, § 936 II. Wird die Dringlichkeitsvermutung jedoch widerlegt, so greifen die §§ 921 Abs. 2 Satz 1, 936 ZPO wieder ein.

Die Zweifel, die der Beweisführung durch Glaubhaftmachung anhaften, können daher nicht in jedem Fall einer Sicherung des Antraggegners kompensiert werden. Stattdessen wird in Rechtsprechung¹⁾ und Schrifttum²⁾ häufig gefordert, die Anforderungen an die Glaubhaftmachung seien umso strenger zu gestalten je schwerer der Eingriff durch die beantragte Maßnahme sei. Die Schlussfolgerung hingegen kann durch Sicherheitsleistung nicht entbehrlich werden.³⁾ Dies galt in England schon, als die American Cyanamid Entscheidung des House of Lords⁴⁾ die Lehre vom *prima facie* case aufhob. Nach dieser Entscheidung bezweckt die Sicherung des Beklagten gerade, die volle Rechts- und Tatsachenprüfung dem Hauptprozeß vorzubehalten.⁵⁾

14. Vollziehung und Schadensausgleich im einstweiligen Rechtsschutz

Die von Rheinsteins⁶⁾ als "grobes Geschütz der Klageart" bezeichneten Vollstreckungsmaßnahmen des einstweiligen Rechts erweisen sich gerade im einstweiligen Rechtsschutz als äußerst wirksames Mittel, wenn es darum geht, Unterlassungsgebote besonders gegen

¹⁾ Siehe auch die umfangreichen Nachweise bei Hoppeling, S. 175 Fn. 274 und Schilken, S. 38 Fn. 38 und 39.

²⁾ Vor allem Baer, BB 64, 608; Studien, S. 56 f.; sowie die Nachweise bei Finken, S. 56 Fn. 1 - 3; ebenso Hoppeling, S. 248; a.A. Finken, S. 126 f. ferner Götts, § 921, 2; a.A. Leisole, Grundlagen, S. 77 ff.

³⁾ S.o. S. 164 ff.

⁴⁾ American Cyanamid v. Ethicon (1975) 1 All ER 504
HL 512 E.

⁵⁾ S. 96.

Körperschaften durchzusetzen, die sich wegen ihrer Finanzkraft, Anonymität und mangelnden Deliktsfähigkeit dem Zugriff des Gesetzes entziehen.¹⁾ Dabei garantiert die durch die Rechtsprechung entwickelte Abstufung der Sanktionen, ähnlich der Regelung des § 890 ZPO, eine durchaus differenzierte Reaktion auf die jeweilige Zuwiderhandlung. Wie nach § 887 ZPO ist bei vertretbaren Handlungen Ersatzvornahme zulässig. Bei Zuwiderhandlungen gegen Verbots- und Gebotsverfügungen kann ähnlich § 938 Abs. 2 ZPO die Zwangsverwaltung angeordnet werden,²⁾ mit dem Unterschied allerdings, daß die Sequestration nach deutschem Recht nicht Vollstreckungsmaßnahme ist, sondern selbst als Maßnahme einstweiligen Rechtsschutzes angeordnet wird.³⁾

Die Frage der Vollstreckbarkeit bei unvertretbaren Handlungen (§ 888 Abs. 2 ZPO) stellt sich demgegenüber bereits bei Erlass der Ge- oder Verbotsverfügung,⁴⁾ da insoweit der Grundsatz "equity does nothing in vain"⁵⁾ gilt.

Auch für die Vollstreckung von Geldforderungen, etwa des undertaking as to damages oder der Kosten einer Ersatzvornahme,⁶⁾ gilt die Feststellung Rheinsteins⁷⁾

1) Schweizer, S. 60 und Fn. 5.

2) S.o. S. 99; zur Sequestration im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht: v. Gamm, GRUR 58, 172.

3) Eine Maßnahme, die den Sicherungszweck am ehesten erfüllt. Vgl. Jauernig, S. 327; Stein-Jonas-Grunsky, § 938 II, 1.

4) S.o. S. 54 ff; anders LAG Baden-Württemberg AP § 940 ZPO Nr. 5; krit. dazu Leipold, Grundlagen, S. 19.

5) Cheshire and Fifoot, S. 615. Nach englischem Verständnis würde das Gericht an Autorität verlieren, wenn es Entscheidungen trafe, die nicht vollstreckt werden könnten.

6) S.o. S. 100 f.

7) S.o. S. 196 Fn. 6.

nicht mehr, nachdem bereits 1869 in England der Schuloverhaft grundsätzlich abgeschafft wurde.¹⁾

Die für die Vollziehung einstweiliger Maßnahmen wesentlichen Fragen der Zustellung sind im englischen Verfahren entsprechend der Schwere des Eingriffs sehr ausführlich geregelt.²⁾ Der Beklagte ist danach anders als nach der ZPO, weitgehend vor Überwachungsmaßnahmen geschützt.³⁾

Der Schadensausgleich bei ungerechtfertigter Anordnung oder Ablehnung einstweiligen Rechtsschutzes ist durch die in der mündlichen Verhandlung gegebenen undertakings in vorbildlicher Weise gewährleistet. Ähnlich dem § 945 ZPO handelt es sich um eine verschuldensunabhängige Haftung,⁴⁾ die allerdings nicht an derart enge Voraussetzungen wie die Vorschrift des § 945 ZPO gebunden ist. Vor allem bedarf es keines weiteren Prozesses, mit der Folge, daß sich auch keine Rechtskraftprobleme im Verhältnis zu der die einstweilige Maßnahme aufhebenden Entscheidung ergeben.⁵⁾ Einstweiliger Rechtsschutz, Hauptsacheverfahren und anschließender Schadensausgleich stellen ein einziges Verfahren mit verschiedenen Stationen dar.

¹⁾ S.o. S. 100 Fn. 6; zu den Ausnahmen: Ritter, ZZP 88, 183 (Fn. 267).

²⁾ S.o. S. 95 f.

³⁾ Zu den taktischen Möglichkeiten, die § 929 ZPO eröffnet: Pastor, S. 198. Die Bedeutung fehlerhafter Zustellung für die Vollziehung behandelt Fritze, S. 141.

⁴⁾ S.o. S. 93 Fn. 1. Im deutschen Recht ist streitig, ob es sich um eine Gefährdungshaftung, eine Haftung für rechtswidriges Verhalten oder einen privatrechtlichen Aufopferungsanspruch (so die wohl h.M.; vgl. Minnerop, S. 45 m.w.N.) handelt. Für die Praxis ist diese Unterscheidung unergiebig (vgl. Stein-Jonas-Grunsky, § 945 I, 1).

⁵⁾ Saubach-Lauterbach-Hartmann, § 945, 3 B; Baur, Studien, S. 105; Bruns, ZZP 65, 67 ff; Grunsky, JuS 76, 286; Stein-Jonas-Grunsky, § 945 II, 2.

Danach ist der Antrag auf Schadensfeststellung zwar grundsätzlich erst nach Beendigung des Hauptsacheverfahrens zulässig, kann aber auch schon im Eilverfahren Erfolg haben, wenn eine ex parte injunction nicht verlängert wird, weil der Kläger arglistig gehandelt hat.¹⁾ In jedem Fall aber entscheidet das gleiche Gericht, das zuvor über die Aufhebung der injunction befunden hat.²⁾

Weitergehend als § 945 ZPO kann ein undertaking auch Haftungsgrundlage für Ansprüche des Klägers sein,³⁾ wenn eine injunction im Hauptsacheverfahren angeordnet wird, nachdem sie im Eilverfahren ungerechtfertigt abgelehnt worden war.⁴⁾

Daß der Schadensausgleich gerade bei Unterlassungsverfügungen oft nur unvollkommen sein kann und sich unter Umständen nicht verwirklichen läßt,⁵⁾ ergibt sich für das englische Recht schon aus der Tatsache, daß die Anordnung einstweiligen Rechtsschutzes die Gefahr irreparabler Schäden voraussetzt.

1) Ross v. Buxton (1888) W.N. 55.

2) Zu den Ausnahmen, s.o. S. 93 Fn. 3.

3) Das sog. "undertaking in lieu of injunction"; s.o. S. 93 f, 94 Fn. 5.

4) Für das deutsche Recht stellt sich die Frage der analogen Anwendung des § 945 ZPO (so Baur, Studien, S. 111 f), die Stein-Jonas-Grunsky, § 945 I, 2 c zu Recht ablehnen.

5) S.o. S. 120 ff; ebenso Baur, BB 64, 607; Leipold, ZZP 90, 269; Schilken, S. 19; sehr eingehend auch Hobbeling, S. 244 ff, der den Irreparabilitätsbegriff analysiert.

8. Kapitel

Strukturfragen und grundsätzliche Lösungsmöglichkeiten

In beiden Rechtsordnungen bezweckt der einstweilige Rechtsschutz eine Zwischenregelung für die Dauer des Rechtsstreits.¹⁾ Auch die Konzeption des summarischen Verfahrens im Fünften Abschnitt des Achten Buches der ZPO deutet daraufhin, daß der Streitstoff in aller Regel einer Entscheidung im Hauptsacheverfahren zugeführt wird. Dabei ist jedoch die Gefahr der Verselbstständigung des Eilverfahrens im deutschen Zivilprozeß größer als im englischen, da Arrest und einstweilige Verfügung als besondere Rechtsschutzform ausgestaltet sind, in der es dem Antragsgegner obliegt, die Durchführung des Klageverfahrens zu erzwingen (§§ 926, 936 ZPO). Die Probleme, die sich aus dem Verhältnis des einstweiligen Rechtsschutzes zum Klageverfahren ergeben, sind in beiden Rechtsordnungen durchaus vergleichbar.

§ 24 Das Vorwegnahmeproblem

Ähnlich den Verhältnissen bei der interlocutory injunction, läßt sich auch im deutschen Recht eine Verdrängung des Hauptsacheverfahrens feststellen.²⁾ Entscheidende Ursache dafür ist vor allem die lange Ver-

¹⁾ S.o. § 18 S. 139 ff; Leipold, Grundlagen, S. 84; Rintelen, S. 4 f; Rohmeyer, S. 194; Schilken, S. 59; ähnlich Minnerop, S. 64, dessen Auffassung, der streitige Sachverhalt werde "entscheidbar" gehalten, dem status quo Grundsatz entspricht (s.o. S. 141 Fn. 3).
²⁾ S.o. S. 156 ff, 188 Fn. 4; ferner Baur, 88 64, 607; Studien, S. 3, 6 f; Hobbeling, S. 301 ff; Minnerop, S. 17; Scherf, S. 393; Schilken, S. 17 (Fn.10), 121.

fahrendsdauer im ordentlichen Zivilprozeß.¹⁾ Das Ausweichen in den vorläufigen Rechtsschutz²⁾ erscheint dabei um so bedenklicher, als das Verfügungsverfahren in weit geringerem Umfang als das englische Eilverfahren mit den erforderlichen Richtigkeitsgarantien ausgestattet ist und die Interessen des Antragsgegners kaum berücksichtigt.³⁾

Die besondere Attraktivität des Verfügungsverfahrens gründet sich auf die übliche Vorausbeurteilung der Rechtslage und auf die verbreitete inhaltliche Vorwegnahme der Hauptsache durch die Leistungsverfügung.⁴⁾

I. Die Leistungsverfügung⁵⁾

Gerade die Leistungsverfügung wird allgemein als sehr problematisch angesehen; ihr Ausnahmecharakter wird dabei in Rechtsprechung und Schrifttum immer wieder mit dem Hinweis betont, die einstweilige Verfügung dürfe grundsätzlich nicht zu einer Befriedigung des Gläubigers führen.⁶⁾

1) S.o. S. 31 Fn. 1; Berges, S. 1489; Schilken, S. 69. Ob die am 1.7.1977 in Kraft getretene "Vereinfachungs-Novelle" insoweit wesentliche Veränderungen bringt, muß sich noch zeigen.

2) Aber auch das Schiedsgerichtsverfahren (vgl. Berges, S. 1489).

3) Dazu vor allem Leipold, Grundlagen, S. 10 ff, 91 f. Demgegenüber kann Grunsky (Grundlagen, S. 221) nicht zugestimmt werden, wenn er das Ausweichen auf das Verfügungsverfahren für weniger gefährlich hält, als die Flucht in das Schiedsgerichtsverfahren, weil dann immer noch die staatlichen Gerichte zuständig seien. Auch Schilken (S. 121) sieht diese Entwicklung wegen "der Belastung der Gerichte" als positiv an.

4) Leipold, ZZP 90, 266 unterscheidet Prüfungs- und Maßnahmevorwegnahme.

5) Dieser Begriff umfaßt nach § 241 Satz 2 BGB auch die Unterlassung; a.A. Jauernig, S. 332, der die auf Unterlassung gerichtete Verfügung nicht der Leistungsverfügung zurechnet.

6) Siehe die umfangreichen Nachweise bei Hobbeling, S. 163 ff und Schilken, S. 19 Fn. 15.

Diesen Ausnahmecharakter hat die Leistungsverfügung im englischen Recht nur in Form der mandatory injunction.¹⁾ Das Problem der Geldleistungsverfügung ist dem englischen Recht mit Ausnahme einiger spezialgesetzlich geregelter Tatbestände²⁾ dagegen unbekannt. Wenn man demgegenüber im deutschen Recht glaubt, grundsätzlich jeden Geldanspruch durch einstweilige Verfügung realisieren zu müssen,³⁾ ist die Frage berechtigt, warum im anglo-amerikanischen Recht auf derartige Regelungen verzichtet werden kann. Der bedürftige Antragsteller wird hier ebenso wie in Deutschland Arbeitslosengeld, Sozialversicherungsrente oder Sozialhilfe erhalten, also Leistungen, die nach Beendigung des Klageverfahrens gegebenenfalls über Rückgriffsansprüche vom Arbeitgeber oder dem Schädiger zurückverlangt werden können.⁴⁾ Die auf Geldleistung gerichtete einstweilige Verfügung stellt sich damit als durchaus vermeidbare Inanspruchnahme der Gerichte dar.⁵⁾ Ein beschleunigtes Klageverfahren könnte in jedem Fall effektiveren Rechtsschutz gewährleisten.⁶⁾

1) S.o. S. 61 ff; das gilt auch für die USA; vgl. Peterson, S. 279 f.

2) S.o. S. 33 ff; ferner Ritter, ZZP 88, 184 f.

3) Grunsky, JurA 70, 728 f; grundlegend ferner Finken, S. 129 ff; Schilken, S. 138 ff und zur Lohn- und Gehaltszahlung während des Kündigungsschutzprozesses: Eich, S. 2 ff.

4) Ähnlich Stein-Jonas-Grunsky, Vor § 935 IV 2 b; a.A. etwa Gaul, S. 161 und Schilken, S. 143, die sich auf das Prinzip der Subsidiarität der Sozialhilfe berufen. Vgl. ferner den auf einer amerikanischen Entscheidung beruhenden Vorschlag Petersons (S. 271) auch einstweilige Unterhaltszahlungen aus öffentlichen Mitteln zu bestreiten und den Schuldner nach Beendigung des Klageverfahrens in Rückgriff zu nehmen.

5) Auch Gaul (S. 162) gibt zu bedenken, ob das generelle Verbot solcher Verfügungen nicht das kleinere Übel sei.

6) Besonders dann, wenn die einstweilige Verfügung, wie Grunsky (JurA 70, 730 f) vorschlägt, zeitlich beschränkt ist, um das Gericht zur wiederholten Prüfung zu zwingen. Dieser Vorschlag widerspricht dem Grundsatz der Prozeßökonomie.

Die im modernen einstweiligen Rechtsschutz weit häufigere und meist auch einschneidendere Unterlassungsverfügung gilt in England als Normaltyp vorbeugender und vorläufiger Rechtsschutzmaßnahmen. Ihr Schwerpunkt liegt, ebenso wie im deutschen Recht,¹⁾ im Bereich des Unternehmensschutzes. Die Parallelen drängen sich hier geradezu auf. So haben sich die Gerichte beider Länder etwa mit Patent- und Gebrauchsmusterverletzungen,²⁾ sowie mit der Durchsetzung von Wettbewerbsverboten³⁾ zu befassen. Den einstweiligen Verfügungen nach § 25 UWG entsprechen die in passing-off-Sachen ergehenden interlocutory injunctions.⁴⁾ Im weiteren Sinne zählen zu diesem Bereich schließlich auch die einstweiligen Verfügungen gegen Streik- und sonstige Boykottmaßnahmen.⁵⁾

Auch die deutsche Rechtsprechung ist sich der Problematik dieser auf Unterlassung gerichteten Verfügungen

-
- 1) Grundlegend: Baur, BB 64, 609 ff; ähnlich die Situation in den USA, vgl. Peterson, S. 271 ff. Problematisch ist nur die einstweilige Verfügung auf Unterlassung einer Hauptpflicht, vgl. Grunsky, JurA 70, 735 ff.
 - 2) Z.B. OLG Düsseldorf OLGZ 66, 187; Baur, BB 64, 610 und Stein-Jonas-Grunsky, vor § 935 IV 4 m.w.N. Hoffmann-LaRoche v. Intercontinental Pharmaceuticals (1965) 2 All ER 15 CA; American Cyanamid v. Ethicon (1975) 1 All ER 504 HL.
 - 3) LAG Baden-Württemberg, BB 67, 1426; LG Berlin, BB 75, 61; OLG Stuttgart, BB 76, 380. Baur und Stein-Jonas-Grunsky, a.a.O. Fn. 2; Hadding, S. 21 f. Home Counties Dairies v. Skilton (1970) 1 All ER 1227 CA; T. Lucas v. Mitchell (1972) 3 All ER 689 CA; Fellowes v. Fisher (1975) 2 All ER 829 CA; ferner die Entscheidungen auf S. 121 Fn. 2 und 3.
 - 4) S.o. S. 156 Fn. 5; Cavendish House v. Cavendish Woodhouse (1970) R.P.C. 234 CA.
 - 5) Dazu Casey, Heckelmann, Hoffmann und Zeuner mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen. In England z.B.: Stratford v. Lindley (1964) 3 All ER 102 HL; Cory Lighterage v. TGWU (1973) 2 All ER 558 CA; Hubbard v. Pitt (1975) 3 All ER 1 CA.

wohl nicht immer bewußt,¹⁾ und scheint oft die Gefahr der Geldleistungsverfügung im Vergleich zur Unterlassungsverfügung zu überschätzen.²⁾ Die Bedenken gegen diesen Verfügungstyp können jedoch nicht dazu führen, seine Zulässigkeit grundsätzlich zu verneinen.³⁾ Da in vielen Fällen effektiver Rechtsschutz nur durch derartige Leistungsverfügungen möglich ist, legitimieren sich diese Interimsanordnungen schon aus der Verpflichtung des Staates zur umfassenden Justizgewährung.⁴⁾ Steht dieses Ergebnis fest, so ist auch die Frage nach der Rechtsgrundlage der Leistungsverfügung kaum von praktischem Interesse.⁵⁾ Entscheidend muß vielmehr sein, daß bei Anordnung derartiger Verfügungen auch die Interessen des Antragsgegners angemessene Berücksichtigung finden,⁶⁾ und daß die Vorläufigkeit dieser Maßnahmen gewahrt bleibt, indem den Parteien die Durchführung des Klageverfahrens nahegelegt wird.⁷⁾

1) Grunsky, JurA 70, 736.

2) Die Folgen beider Verfügungstypen können irreparabel sein; die Gefahr der Unterlassungsverfügung ist jedoch größer, weil sich hier anders als bei der Geldleistungsverfügung der Schaden kaum beziffern läßt.

3) Grunsky, JuS 76, 283 bemerkt dazu, "das Rad der Entwicklung" lasse sich nicht zurückdrehen.

4) Dazu Hobbeling, S. 207 und Schilken, S. 61, 101 f.
5) Ebenso Grunsky, JuS 76, 283. Meist wird § 940 ZPO unmittelbar, im Wege der erweiternden Auslegung oder der Analogie zugrundegelegt (Schilken, S. 68 m.w.N.). Dazu neuerdings Hobbeling (S. 194 ff), der grundsätzlich § 940 ZPO als Rechtsgrundlage sieht und § 935 ZPO nur insoweit heranzieht, als ein Einzelleistungsanspruch verwirklicht wird (S. 207).

6) Ebenso § 935 Abs. 2 des Entwurfs eines 2. Gesetzes zur Änderung der ZPO; dazu Holtgrave, S. 13.

7) Diesem Gedanken widerspricht die Auffassung Pastors (S. 176), wonach bei der wettbewerblichen Leistungsverfügung das Rechtsschutzbedürfnis für die Hauptsacheklage entfällt.

Grundsätzlich anders und daher kaum vergleichbar ist die Rechtslage bei der interlocutory injunction im Ehrenschutzrecht.¹⁾ Zwar wird auch hier in Ausnahmefällen einstweiliger Rechtsschutz gegen ehrenrührige Behauptungen gewährt;²⁾ dies geschieht jedoch allenfalls durch Unterlassungsverfügung. Widerrufsverfügungen, die im Übrigen dem status quo Grundsatz widersprechen, sind selbst in dem spezialgesetzlich geregelten Fall der Verleumdung eines Wahlkandidaten nicht möglich.³⁾ Diese Zurückhaltung ist teils historisch bedingt, teils wird eine Einschränkung der Rede- und Informationsfreiheit befürchtet.⁴⁾

Ein Sonderfall der Leistungsverfügung ist die, während des Kündigungsschutzprozesses auf vorläufige Weiterbeschäftigung gerichtete einstweilige Verfügung.⁵⁾ Hier zeigt sich insbesondere, daß für das englische Recht die Verfügungstypen prohibitory und mandatory injunction im Grunde genommen austauschbar sind.⁶⁾ Da der mandatory injunction traditionsgemäß immer noch Ausnahmecharakter zukommt und vorläufige Gestaltungsverfügungen unzulässig sind⁷⁾ werden diese Fälle durch ein Unterlassungsgebot gelöst.⁸⁾ Daß dies dogmatisch unklar

¹⁾ Grundlegend zum deutschen Recht: Baur, BB 64, 609 ff; Studien, S. 58 f.

²⁾ S.o. S. 150 ff.

³⁾ S.o. S. 121 Fn. 6 und 7. Die Zulässigkeit von Widerrufsverfügungen ist freilich auch im deutschen Recht umstritten; siehe dazu Hobbeling, S. 179 Fn. 283 und Schilken, S. 150 ff jeweils m.w.N.

⁴⁾ S.o. S. 152 Fn. 1. Das gilt ebenso für die USA; vgl. Peterson, S. 276.

⁵⁾ Gemeint sind die nicht von § 102 Abs. 5 BetrVG erfaßten Fälle; dazu Braasch, S. 319; Löwisch, S. 352 f; Marcus, S. 340 ff; Otto, S. 71 f.

⁶⁾ Ein Beispiel dafür ist die mandatory injunction in ihrer frühen indirekten Form; s.o. S. 61.

⁷⁾ S.o. S. 59 Fn. 1.

⁸⁾ Dazu die Beispiele S. 59.

ist, statt der englischen Richter als Praktiker nicht, solange sich das Ergebnis als gerechte Entscheidung erweist.¹⁾

Im deutschen Recht ist die auf Weiterbeschäftigung gerichtete einstweilige Verfügung ebenfalls nur ausnahmsweise, zur Abwendung wesentlicher Nachteile zulässig, wobei ein wesentlicher Nachteil im Sinne des § 940 ZPO nicht allein in dem Fortfall der Lohn- und Arbeitsentlohnung gesehen werden kann.²⁾ Berechtigt ist daher eine solche Maßnahme dann, wenn andernfalls die Berufserhaltung des Arbeitnehmers gefährdet wäre.³⁾

II. Die Prüfungsvorwegnahme

Nach Überwiegender Auffassung sind im Arrest- und Verfügungsverfahren die für das Klageverfahren maßgebenden Tatsachen und Rechtsfragen vorab zu prüfen.⁴⁾

Die Vorwegnahme der tatsächlichen Prüfung ergibt sich dabei aus den §§ 920 Abs. 2, 936 ZPO,⁵⁾ wobei die Tatsachewürdigung auch den streitigen Sachverhalt umfaßt. Die bei der interlocutory injunction übliche Beschränkung der tatsächlichen Prüfung auf das unstrittige Vorliegen,⁶⁾ erscheint demgegenüber unpraktisch.

-
- 1) S.o. S. 48 Fn. 1. In Hill v. Parsons (1971) 3 All ER 1345 CA wollte man eine Verlängerung der Kündigungsfrist bis zur Ingefttreten einer begünstigenden Vorschrift des Industrial Relations Act, 1971 herbeiführen.
- 2) Braasch, S. 322 weist auf den Ausgleich durch den Anspruch auf Leistungen nach dem AFG hin. Das erinnert an den Grundsatz "irreparable damages" (s.o. S. 119 ff., § 15).
- 3) So ArbG Hildesheim, BB 76, 317.
- 4) S.o. S. 181 f.
- 5) Etwa Grunsky, JuS 76, 281; Schilken, S. 118.
- 6) S.o. S. 150; ganz ähnlich auch die französische Rspr. nach der eine "contestation sérieuse", die Entscheidungsergebnis im référé-Verfahren grundsätzlich ausschließt; allerdings bezieht sich dieser, im übrigen unklare Begriff, sowohl auf streitige Tatsachen, als auch Rechtsfragen (Neumann, S. 31 ff.).

und kann vor allem dann nicht eingehalten werden, wenn nahezu der ganze Sachverhalt streitig bleibt. Vorzuziehen ist daher die Lösung des Tatsachenkonflikts über die Grundsätze der Beweislast.¹⁾

Die geringen Anforderungen der Glaubhaftmachung in Form eidesstattlicher Versicherungen bei der Tatsachenfeststellung stehen nach Leipold²⁾ "in auffälligem Gegensatz" zu der von der herrschenden Meinung geforderten gründlichen Prüfung der Rechtslage,³⁾ die auch nicht bei schwierigsten Rechtsfragen gelockert werden darf.⁴⁾ Diese Auffassung entspricht genau den strengen Anforderungen an die Rechtsprüfung bei der interlocutory injunction,⁵⁾ bis zur Entscheidung des House of Lords im Cyanamid-Fall. Verstärkt wird dieser Vorwegnahmeeffekt noch durch die in der Rechtsprechung und im Schrifttum verbreitete Forderung, bei der Leistungsverfügung noch strengere Maßstäbe an die Glaubhaftmachung⁶⁾ ebenso wie an die rechtliche Prüfung⁷⁾ zu legen. Danach hängt die Intensität der Hauptsacheprüfung von der Schwere des Eingriffs in die Rechtsposition des Antragsgegners ab.

¹⁾ Stein-Jonas-Grunsky, Vor § 935 V; ebenso Martens, S. 167, allerdings für den Verwaltungsprozeß.

²⁾ Grundlagen, S. 23.

³⁾ Etwa Marcus, S. 341 (2); Martens, S. 167; Schilken, S. 118 und die umfangreichen Nachweise daselbst (Fn. 13).

⁴⁾ Faupel, S. 820; Schilken, S. 119; Wenzel, MDR 67, 892; a.A. Grunsky, JurA 70, 726; ZZP 85, 362 f.; JuS 76, 281; Hadding, S. 34 f.

⁵⁾ S.o. S. 147 ff.

⁶⁾ S.o. S. 196 Fn. 1 und 2.

⁷⁾ So etwa Baur, BB 64, 608; Hobbeling, S. 248; dies ist jedoch, worauf Leipold (Grundlagen, S. 23 Fn. 24) hingewiesen hat, nur von geringer Bedeutung, wenn überwiegend ohnehin volle Rechtsprüfung gefordert wird. Siehe auch S. 62 Fn. 4; Eine Konsequenz, die nur für die mandatory injunction, nicht aber die ebenfalls auf Erfüllung gerichtete prohibitory injunction gezogen wird (s.o. S. 155).

Zusammenfassend ergibt sich daher, daß ähnlich den Verhältnissen im englischen Zivilprozeß,¹⁾ die verbreitete Anordnung vorläufiger, auf Befriedigung gerichteter Maßnahmen und die allgemein praktizierte Vorausbeurteilung der Rechtslage, die Entwicklung des einstweiligen Rechtsschutzes zu einem Ersatz-Erkenntnisverfahren fördert. Die geforderte Gründlichkeit der Rechtsprüfung steht dabei nicht nur in einem Mißverhältnis zu den oftmals zweifelhaften Tatsachenfeststellungen,²⁾ sondern geht auch zu Lasten der Schnelligkeit des Eilverfahrens.³⁾

¹⁾ S.o. S. 147 ff, § 19.

²⁾ Martens, S. 167 tritt zwar für eine summarische Sachverhaltsprüfung ein, fordert jedoch volle Rechtsprüfung; zu Recht weist demgegenüber Leipold, Grundlagen, S. 88, auf den engen sachlichen Zusammenhang zwischen Tatsachenfeststellung und rechtlicher Würdigung hin. S.o. S. 131 Fn. 2.

³⁾ Minnerop, S. 83 und Schilken, S. 119 nehmen das ausdrücklich in Kauf.

§ 25 Prozeßpolitische Gedanken und Lösungsvorschläge
zum Verhältnis Eilverfahren und Hauptprozeß

Im Klageverfahren kann und muß jeder Rechtsstreit einer Entscheidung zugeführt werden; das gilt jedoch nicht für das summarische Verfahren. Bestimmte Streitigkeiten eignen sich aus verschiedenen Gründen nicht für eine Erledigung im Eilverfahren. Schwierigkeiten können sich vor allem bei der Tatsachenfeststellung ergeben, wenn umfangreiche Beweisangebote,¹⁾ sich widersprechende Glaubhaftmachungen oder Sachverständigen-gutachten²⁾ vorliegen. Gerade der Nachweis gewerblicher Schutzrechte hängt mitunter von komplizierten technischen Fragen ab, die im Eilverfahren nicht angemessen gewürdigt werden können.³⁾ Pastor⁴⁾ vertritt darüberhinaus die Auffassung, bestimmte Streitigkeiten eignen sich auch aus rechtlichen Gründen nicht für das Verfügungsverfahren;⁵⁾ so wenn es sich um die Entscheidung rechtlicher Grundsatzfragen, oder schwierigster Rechtsfragen handelt.⁶⁾

Diese Einsicht hat im deutschen Recht unter anderem zu einer sehr zurückhaltenden Verfügungspraxis auf dem Gebiet des Patent- und Gebrauchsmusterrechts geführt.⁷⁾ Der Kläger kann in solchen Fällen nur auf das Haupt-

¹⁾ S.o. § 9, S. 85 Fn. 2.

²⁾ Z.B.: A.-G. v. Corpn. of Manchester (1893) 2 Ch. 87
CA 90: "Conflict of medical evidence".

³⁾ Baur, BB 64, 610; Pastor, S. 174 m.w.N. in Fn. 1 und 4.
⁴⁾ S. 175 f.

⁵⁾ A.A. wohl Martens, S. 167 und Fn. 12.

⁶⁾ S.o. S. 167. Mit der Möglichkeit einer nur summarischen Rechtsprüfung setzt sich Pastor allerdings nicht auseinander; siehe dazu S. 207 Fn. 4.

⁷⁾ Dazu Fischer, S. 85, 133 jeweils m.w.N. (Fn. 4 und 68-70). Zur Rechtslage in England s.o. S. 155 Fn. 1; die Zurückhaltung hat dort allerdings geschichtliche Ursachen; s.o. S. 45 Fn. 1 und 2. Zur Rechtslage in den USA: Peterson, S. 273 Fn. 41.

sacheverfahren, d.h. den Verletzungs- oder Nichtigkeitsprozeß verwiesen werden, obwohl in diesen Sachen, wie in anderen Verfügungsstreitigkeiten, der Verfügungsgrund vorliegt.¹⁾ Dieses Ergebnis ist unbefriedigend, da der Staat seine Pflicht zur umfassenden Justizgewährung²⁾ verweigert. Die Abweisung des Verfügungsantrags ist sicherlich auch keine geeignete Zwischenregelung für die Dauer des Hauptsacheverfahrens. Sie beruht einfach auf einer "Überschätzung des Selbstwerts von Verfahrenskategorien"³⁾ und auf der offenbar im Wirtschaftsrecht vorherrschenden Auffassung, Eilverfahren und Hauptprozeß seien alternative Rechtsschutzmöglichkeiten. Dem widerspricht jedoch die Konzeption der ZPO, wonach dem einstweiligen Rechtsschutz grundsätzlich nur Hilfsfunktion für die Streiterledigung im Klageverfahren zukommt.⁴⁾ Die harte Alternative ist, wie das englische Recht zeigt, jedoch durchaus vermeidbar. So bietet sich etwa die im gewerblichen Rechtsschutz Englands verbreitete Hinterlegung des Verletzergewinns,⁵⁾ oder einer angemessenen Lizenzgebühr⁶⁾ an. Diese als Sicherungsmaßnahme nach § 938 Abs. 1 ZPO zulässige Anordnung ist freilich unzureichend, soweit etwa Beeinträchtigungen des good will in Frage stehen. Sie bietet jedoch größeren Schutz, als die

-
- ¹⁾ Pastor, S. 176 schlägt die Abweisung des Verfügungsantrags "als im einstweiligen Verfügungsverfahren ungeeignet" vor. Der Kläger ist dann meist auf seine u.U. nur sehr schwer realisierbaren Schadensersatzansprüche gegen den mutmaßlichen Verletzer angewiesen.
- ²⁾ S.o. S. 204 Fn. 4. Diese Praxis hat nicht zuletzt auch das Institut der Abnehmer-Verwarnungen begünstigt, wogegen wiederum einstweilige Unterlassungsverfügungen möglich sind (dazu Fischer, S. 85 ff, 133 ff).
- ³⁾ So Martens, S. 167 in anderem Zusammenhang.
- ⁴⁾ S.o. S. 200.
- ⁵⁾ S.o. S. 94, 118, 155. Ebenso schon Baur, 88 64, 610.
- ⁶⁾ Grunsky, JurA 70, 738 (Fn. 47). Verletzergewinn und Lizenzgebühr sind auch die Grundlagen der Schadensberechnung im Verletzerprozeß; dazu Fischer, S. 85 f.

bloße Ablehnung des Eilbegehrens und beachtet überdies das Interesse des Antragsgegners an der Fortführung seiner Produktion in angemessener Weise.

Die bei Verletzung gewerblicher Schutzrechte meist irreparablen Folgeschäden,¹⁾ lassen sich hingegen nur durch ein beschleunigtes Hauptsacheverfahren, wenn nicht vermeiden, so doch erheblich mindern. Damit ist nicht die verbreitete Forderung nach einer Reform des ordentlichen Verfahrens gemeint,²⁾ die der Gesetzgeber mit der Vereinfachungsnovelle³⁾ schon weitgehend erfüllt hat; es geht vielmehr darum, Streitigkeiten, die sich für eine Erledigung im Eilverfahren als ungeeignet erweisen, eine höhere Priorität im Vergleich zu den übrigen Zivilsachen einzuräumen. Die Anordnung eines derartigen "speedy trial"⁴⁾ ist für das englische Recht relativ unproblematisch, da der einstweilige Rechtsschutz als Teil des Klageverfahrens begriffen wird.⁵⁾ Nach deutschem Zivilprozeßrecht ließe sich eine derartige Anordnung de lege lata möglicherweise noch aus § 938 Abs. 1 ZPO rechtfertigen; sie müßte jedoch bereits sehr weitgehend den Ablauf des Klageverfahrens bestimmen, bevor die Hauptsache überhaupt rechtshängig ist und würde so mit der Vorschrift des

1) Sog. Marktverwirrungsschäden; vgl. Fischer, S. 86 m.w.N. in Fn. 13 und 14.

2) Baur, BB 64, 615; Faupel, S. 870; Schilken, S. 159 meinen, nicht das einstweilige, sondern das ordentliche Verfahren sei reformbedürftig.

3) Das Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Vereinfachungsnovelle) vom 3. 12. 1976 (BGBl. I 3281); in Kraft getreten zum 1. 7. 1977.

4) S.o. S. 85 Fn. 1. Ähnlich auch das dem *référé*-Verfahren nachgebildete niederländische *Kort Geding* in Art. 291 der niederländischen Zivilprozeßordnung (in deutscher Übersetzung wiedergegeben bei Zonderland, S. 228).

5) S.o. S. 76 f, 175.

§ 273 ZPO (§ 272 b ZPO a.F.) kollidieren.¹⁾ Eine solche Regelung erscheint aber de lege ferenda durchaus erwägenswert. In vielen Fällen kann nur auf diese Weise effektiver und zugleich umfassender Rechtsschutz gewährt werden. Dabei würde sich die Regelung eines beschleunigten Hauptsacheverfahrens aus einem gesteigerten Rechtsschutzbedürfnis rechtfertigen, da bei diesen Rechtsstreitigkeiten, anders als bei den übrigen Zivilprozessen, noch der Verfügungsgrund vorliegt.²⁾ Daß das "speedy trial" im englischen Zivilprozeß nicht als besonders praktikabel angesehen wird, sollte den Gesetzgeber nicht unbedingt abschrecken. Ein solches Institut würde den Zivilprozeß flexibler gestalten und damit auch für die Wirtschaft wieder attraktiver machen.³⁾

Auch wo sich das Verfügungsverfahren zur Streiterledigung eignet, stellt sich die Frage nach der Notwendigkeit des Hauptsacheverfahrens. Dabei sind weniger Rechtskraftgesichtspunkte maßgebend,⁴⁾ als grundsätzliche Wertungsentscheidungen, die vom Zweck des

1) Gegen die scharfe Trennung von Verfügungs- und Hauptsacheverfahren spricht sich auch Leipold (Grundlagen, S. 92) aus. Er schlägt in Anlehnung an den alten deutschen Arrestprozeß vor, dem einstweiligen Rechtsschutz ein Rechtfertigungs- oder Nachverfahren folgen zu lassen, das zugleich als Hauptsacheverfahren gilt.

2) Diese Lösung ist jedoch nur für die Autoren annehmbar, die den Verfügungsgrund als besondere Erscheinungsform des Rechtsschutzbedürfnisses sehen; s.o. S. 182 Fn. 7.

3) Zur "Gerichtsflucht des Handels" Berges, S. 1489; ferner s.o. S. 201 Fn. 2.

4) Nach Pastor, S. 176, 292 soll die Urteilsverfügung dieselbe Rechtskraftwirkung haben wie ein Unterlassungsurteil im Klageverfahren; a.A. Henckel, ZZP 89, 226; wohl auch Baur, ZZP 82, 328. Die Auffassung Pastors a.a.O. berücksichtigt nicht das Klageerzwingungsrecht des Schuldners (§§ 926 Abs. 1, 936 ZPO).

Zivilprozesses ausgehen müssen. Neben der Verwirklichung materieller Gerechtigkeit im Einzelfall¹⁾ wird als zweiter wesentlicher Zweck des Erkenntnisverfahrens auch die Wahrung des Rechtsfriedens angeführt.²⁾ Diese Befriedungsfunktion beruht auf der umfassenden Tatsachenfeststellung, die durch die Rechtskraftlehre abgesichert ist, und der erschöpfenden rechtlichen Würdigung im ordentlichen Zivilprozeß. Alles das kann das summarische Verfahren nicht bieten, soll es seine Aufgabe, raschen Rechtsschutz zu gewährleisten, erfüllen. Vorrang hat danach immer die Streiterledigung im Klageverfahren. Bei tatsächlich und rechtlich unproblematischen Fällen sollte daher den Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit eröffnet werden, das Eilverfahren übereinstimmend als Hauptprozeß zu behandeln. Diese nach englischem Recht mögliche Gestaltung,³⁾ kommt häufig den Interessen beider Verfahrensbeteiligter entgegen. Der Antragsteller erlangt eine, umfassender Rechtskraft fähige Entscheidung, ebenso wie der Antragsgegner, der in Zukunft davor sicher sein kann, in dieser Sache mit weiteren Rechtsschutzanträgen überzogen zu werden.⁴⁾ Dieses Ergebnis kann zwar auch nach deutschem Recht erreicht werden; die Lösung ist jedoch weit kompli-

¹⁾ Gaul, AcP 168, 48; Pawlowski, ZZP 80, 358.

²⁾ Dazu Gaul, AcP 168, 57 ff; Pawlowski, ZZP 80, 361 ff; Schmidt, S. 10 ff.

³⁾ S.O. S. 62 Fn. 6 und 85 Fn. 5-7; ganz ähnlich, jedoch umstritten, auch die französische Rechtsprechung zum référé-Verfahren; ausführlich dazu Neumann, S. 44 ff.

⁴⁾ Gerade im Wettbewerbsprozeß wird von den Parteien häufig eine "gezielte sachliche Erledigung des Wettbewerbsstreits" (Pastor, S. 145) in dieser Form gesucht; dazu Pastor, S. 145 ff und Scherf, S. 393 ff.

zierter und durchaus umstritten.¹⁾ Dogmatisch wäre die Behandlung des Eilverfahrens als Klageverfahren im Rahmen der Dispositionsmaxime zu rechtfertigen. Schließlich sprechen für diese Lösung auch Gründe der Kostenersparnis und der Gedanke der Prozeßökonomie.²⁾

-
- ¹⁾ Die einzelnen Möglichkeiten: Vertraglicher Ausschluß der Klage, Unterwerfungserklärung, Verzicht auf Widerspruch oder Berufung sowie Verzicht auf den Antrag aus § 926 Abs. 1 und 927 ZPO. Dazu ausführlich: Hobbeling, S. 302 ff m.w.N.
- ²⁾ Auch in diesen Fällen könnte es bei dem Ausschluß der Revision bleiben (§ 545 Abs. 2 ZPO)

§ 26 Vorwegnahmeverbot und Interessenabwägung als Lösungsalternativen

Nach verbreiteter Auffassung soll die einstweilige Verfügung keine irreparablen Verhältnisse schaffen.¹⁾ Dieser, wohl dem *référé*-Verfahren entliehene Grundsatz²⁾ hat sich als nicht sehr wirksames Kriterium zur Begrenzung zulässiger Maßnahmen erwiesen. In Frankreich wurde daher das Merkmal des "nicht wiedergutmachenden Nachteils" in Art. 809 CPC abgeschafft, nachdem es die Rechtsprechung ohnehin nicht sehr wörtlich genommen hatte.³⁾ Die Notwendigkeit, im Interesse effektiven Rechtsschutzes auch einmal das Risiko irreparabler Schäden einzugehen, hatte in der Praxis zur Folge, daß der Anwendungsbereich der Befriedigungs- oder Leistungsverfügung ständig erweitert wurde.⁴⁾ Die im Schrifttum vielfach vertretene Auffassung, in solchen Fällen strengere Anforderungen an die Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes und Verfügungsanspruchs zu stellen,⁵⁾ führt entweder zur Verdrängung des Hauptprozesses durch ein perfektioniertes aber auch langwieriges Verfügungsverfahren, oder zur Versagung einstweiligen Rechtsschutzes mit der nicht berücksichtigten Folge irreparabler Nachteile für den Kläger.

¹⁾ Siehe etwa Hobbeling, S. 176 m.w.N. in Fn. 275.

²⁾ Art. 809 CPC. Das *référé*-Verfahren war auch Vorbild für die einstweilige Verfügung der ZPO; siehe Hahn, Bd. II, 1, S. 477. Zur Bedeutung dieses Verfahrens ferner Finken, S. 77 ff und Leipold, Grundlagen, S. 76 ff.

³⁾ Durch Dekret vom 9.9.1971; dazu Zonderland, S. 239.

⁴⁾ Zum irreparablen Schaden auch Neumann, S. 28 f m.w.N.

⁵⁾ Schilken, S. 19 f.

⁵⁾ S.o. S. 196 Fn. 1 und 2.

Bei durchaus vergleichbaren Verhältnissen hat das House of Lords¹⁾ ein Vorausprüfungsverbot aufgestellt und das Prinzip der Interessenabwägung als Voraussetzung einstweiliger Maßnahmen in den Vordergrund gerückt. Die Interimsentscheidung beruht danach losgelöst von der materiellrechtlichen Grundlage, nur noch auf der Billigkeit,²⁾ dem Ursprung der Equity-Gerichtsbarkeit.

Auch im neueren deutschen Schrifttum³⁾ wird das Prinzip der Interessenabwägung betont. Danach soll der Interessenvergleich, wie im englischen Recht, de lege lata bereits als Voraussetzung einstweiliger Maßnahmen und nicht erst auf der Rechtsfolgeseite zu berücksichtigen sein. Das Gericht vergleicht also, wie in der American Cyanamid-Entscheidung ausgeführt,⁴⁾ die hypothetischen Schäden beider Verfahrensbeteiligten für die Dauer des Klageverfahrens, wobei es jeweils unterstellt, daß im Verfügungsverfahren eine Fehlentscheidung getroffen wurde.

Einige Autoren⁵⁾ glauben jedoch auf die materiellrechtliche Vorausprüfung nicht verzichten zu können, weil

¹⁾ In American Cyanamid v. Ethicon (1975) 1 All ER 504 HL; s.o. § 21 S. 164 ff.

²⁾ Ganz ähnlich im *référé*-Verfahren zur Regelung eines streitigen Zustandes; vgl. Neumann, S. 66 f.

³⁾ Grundlegend vor allem Hobbeling, S. 176, 275 ff m.w.N. in Fn. 276; Leipold, Grundlagen, S. 96 ff; ZP 90, 267; Schilken, S. 126 ff m.w.N. in Fn. 23, allerdings unter Beschränkung auf die Befriedigungsverfügung. Ferner § 935 Abs. 2 des 2. Entwurfs der ZPO, 1972; dazu Holtgrave, S. 13 und Arens, S. 77 ff.

⁴⁾ S.o. S. 133 f; als Beispiel für die Interessenabwägung im konkreten Fall, s.o. S. 168 f. Die Methode entspricht im übrigen dem verfassungsgerichtlichen Verfahren; 2.B. BVerfGE 34, 341, 342; 35, 257, 261.

⁵⁾ Arens, S. 86; Grunsky, JuS 76, 282; Schilken, S. 129.

andernfalls die Position des Antragstellers unge-
rechtfertigt gestärkt würde.¹⁾ Grunsky²⁾ schätzt
die Gefahr der Selbstbindung des Richters durch die
Vorwegprüfung der Hauptsache³⁾ geringer ein, als das
Risiko einer Fehlentscheidung bei Verzicht auf Prü-
fung der Rechtslage und erwartet von einem Richter,
daß er einen Irrtum eingesteht.

Dieses "Vertrauen in die Unabhängigkeit eines Gerichts
gegenüber sich selbst"⁴⁾ wird jedenfalls in anderen
Rechtsordnungen nicht ohne weiteres vorausgesetzt. So
gibt es im einstweiligen Rechtsschutz durch die inter-
locutory injunction ein Vorausprüfungsverbot,⁵⁾ das
den Erkenntnisgegenstand im Eilverfahren ganz ähnlich
dem klassischen Vorwegnahmeverbot des Art. 809 Abs. 1
Satz 1 CPC⁶⁾ auf das unstreitige Vorbringen beschränkt;⁷⁾
weitergehend als das englische Recht verbietet Art. 809
CPC auch eine Vorausbeurteilung der Rechtslage.⁸⁾ Nicht
zuletzt wirkt auch die scharfe Trennung der Zuständig-
keiten im référé- und Hauptsacheverfahren gegen die Ge-
fahr der Selbstbindung des Gerichts.⁹⁾ Trotz der Vor-

1) Ebenso die Argumentation gegen die Cyanamid-Entschei-
dung; s.o. S. 175 Fn. 3.

2) JuS 76, 282, ähnlich auch Martens, S. 167, der frei-
lich nicht weiter auf die Interessenabwägung eingeht.

3) Dazu besonders Leipold, Grundlagen, S. 10 ff, 91 f, 191.

4) Grunsky, Z郑 85, 363. Allerdings findet dieses Ver-
trauen gerade unter dem Aspekt, daß es wegen der Vor-
wegprüfung häufig nicht zu einem Klageverfahren kommt,
nur selten eine Bestätigung.

5) S.o. S. 149 ff.

6) "Les ordonnances sur référé ne feront aucun préjudice
au principal." Dazu Leipold, Grundlagen, S. 76 ff;
Neumann, S. 28 ff.

7) Zur "contestation sérieuse" s.o. S. 206 Fn. 6.

8) Neumann, S. 30; Zonderland, S. 230.

9) Zuständig ist der Präsident des tribunal de grand
instance; dazu Leipold, Grundlagen, S. 81; Zonderland,
S. 229. Interessant ist insofern auch die englische
Regelung des interim payment of damages, wonach die
Geldleistungsverfügung dem Hauptsachegericht erst nach
seiner Entscheidung bekanntgegeben werden darf; s.o. S.
34 f, 35 Fn. 1.

bildfunktion des *référé*-Verfahrens für die Schöpfer der ZPO¹⁾ wurde das Vorwegnahmeverbot in Deutschland nie als Verbot der Prüfungsvorwegnahme, sondern allenfalls als Befriedigungsverbot verstanden.²⁾

Fordert man mit Grunsky und Schilken³⁾ den Interessenvergleich neben der materiellrechtlichen Prognose als zusätzliche Voraussetzung, so werden die Anforderungen an den Verfügungsantrag im Verhältnis zum Klagebegehren sicherlich überspannt.⁴⁾ Schwierigkeiten dürften sich auch daraus ergeben, das Verhältnis beider Kriterien zueinander zu bestimmen. Schilken,⁵⁾ der die Güterabwägung dem Verfügungsgrund zuordnet, läßt damit beide Voraussetzungen allein ausschlaggebend sein. Demgegenüber lehnt Grunsky⁶⁾ dieses "starre Entweder-Oder-Schema" ab, und geht, ähnlich dem Beispiel Megaws in Hubbard v. Vosper⁷⁾ von einer wechselseitigen Abhängigkeit beider Kriterien aus, so daß die Interessenabwägung umso bedeutungsloser wird, je sicherer die Hauptsacheprognose ausfällt. Dieser gleitende Maßstab erscheint mir nicht sehr praktikabel und durch die Rechtsmittelgerichte kaum nachprüfbar. Die Auffassung könnte im übrigen - was die Entwicklung der *interlocutory injunction* gezeigt hat⁸⁾ - dazu führen, daß die

¹⁾ S.o. S.215 Fn. 1. Das Vorwegnahmeverbot wurde nicht ausdrücklich in die ZPO übernommen; daher vermutet Leipold, Grundlagen, S. 81, daß es als selbstverständlich vorausgesetzt wurde.

²⁾ Leipold, ZZP 90, 268.

³⁾ S.o. S. 217 Fn. 1; zustimmend: Arens, S. 86 Fn 33.

⁴⁾ Ebenso Hobbelling, S. 282.

⁵⁾ S. 131.

⁶⁾ JuS 76, 282; ebenso schon ZZP 85, 363. Ähnlich auch Hobbelling, S. 284 ff, der allerdings zwischen §§ 935 und 940 ZPO differenziert.

⁷⁾ S.o. S. 132 f.

⁸⁾ S.o. S. 157 ff.

Interessenabwägung gegenüber der Hauptsacheprognose zurücktritt und nur noch Alibifunktion für die allein auf das materielle Recht gestützte Verfügungsentscheidung hat.¹⁾ Entgegen Grunsky²⁾ sind Folgenabwägung und Vorausprüfung auch nicht miteinander vereinbar. Nachdem das Gericht die Erfolgsaussichten im Klageverfahren als mehr oder weniger wahrscheinlich festgestellt hat, überzeugt es kaum, wenn gleich darauf im Rahmen der Interessenabwägung eine Fehlentscheidung im Verfügungsverfahren unterstellt wird.³⁾

Begreift man Folgenabwägung und Hauptsacheprognose als alternative Kriterien, so bleibt nur die Loslösung des einstweiligen Rechtsschutzes vom Anspruchsdenken,⁴⁾ die allerdings in der kompromißlosen Form der Cyanamid-Entscheidung nur von Leipold⁵⁾ vertreten wird. Nach seinem Konzept vom zweispurigen einstweiligen Rechtsschutz vertritt Leipold in Anlehnung an die verfassungsgerichtliche Methode der Güterabwägung grundsätzlich eine "offene" Begründungsform im Verfügungs-

¹⁾ Diese Gefahr ist bei dem "gewohnten materiellrechtlichen Denken des Zivilrichters" (Leipold, ZZP 88, 471) eher größer als im englischen Recht, in dem der Praktiker am Prozeßrecht geschult wird (Schmitt-hoff, S. 38).

²⁾ ZZP 85, 363.

³⁾ Auch methodisch handelt es sich um unvereinbare Prinzipien. Nach Luhmann (S. 32) verliert das Regel-Ausnahme-Schema, hier die materiellrechtliche Prüfung, seine Funktion, wenn sich die Entscheidung auf eine Folgenabwägung stützt.

⁴⁾ Das ist auch das Anliegen Minnerops (S. 61 ff), der den Verfügungsanspruch durch das Rechtsverhältnis ersetzen will, ohne allerdings eine Interessenabwägung zuzulassen; kritisch dazu Leipold, ZZP 88, 470 wohl auch Grunsky, AcP 174, 566 f.

⁵⁾ Grundlagen, S. 83 ff; weniger pointiert in ZZP 90, 268; ihm zustimmend Renck, S. 1409 und wohl auch Ritter, JZ 73, 40. Auch Hobbeling, S. 288 ff vertritt wenigstens für die einstweilige Verfügung nach § 940 ZPO einen Vorrang des Interessenvergleichs. A.A. vor allem Schilken, S. 116 ff.

verfahren, bei der zwar eine kursorische "Ansprüfung"¹⁾ der Hauptsache getätigt ist, die Entscheidung im wesentlichen jedoch von der Interessenabwägung getragen ist. Von dieser "offenen Verfügung" unterscheidet sich die "materiell-akzessorische Verfügung", bei der ohne Interessenabwägung die Entscheidung allein aufgrund der materiellen Rechtslage getroffen wird. Diese Begründungsform hält er nur in Fällen klarer und unstrittiger Tatsache- und Rechtslage für zulässig.²⁾ Gerade in diesen Fällen bedarf es aber keines Verfügungsverfahrens; hier sollte vielmehr sogleich ein richtiges Klageverfahren durchgeführt werden.³⁾ Da eine interessengerechte Zwischenregelung nur sinnvoll ist, wenn das Verfügungsverfahren ein Hauptsacheprozeß nachfolgt, muß die materiell-akzessorische Prüfungsweise folgerichtig auch dann Bedeutung haben, wenn eine Entscheidung in der Hauptsache mit Sicherheit zu spät kommen würde.⁴⁾

¹⁾ Leibold, Grundlagen, S. 93; ferner ZZP 90, 267 wo er die Hauptsacheprognose als "Randkorrektiv" bezeichnet; Leibold (Grundlagen, S. 96) formuliert negativ: "Das Hauptsacherecht dürfe nicht als unzweifelhaft unbegründet" anzusehen sein. Ganz ähnlich die in der Cyanamid-Entscheidung geforderte Minimalvoraussetzung, daß der Antrag weder mutwillig noch offensichtlich aussichtslos sein dürfe (s.o. S. 167 f, 169 f, 4).

²⁾ Leibold, Grundlagen, S. 97 f. Auffallend auch hier die Parallele zur Cyanamid-Entscheidung; s.o. S. 169 Fn. 2.

³⁾ Erben Watters, S. 167 für das verwaltungsgerichtliche Verfahren. Das würde jedoch stets die gleichzeitige Klageerhebung voraussetzen, wie das der englische Zivilprozeß grundsätzlich vorsieht. Zum beschleunigten Klageverfahren, s.o. S. 211 f.

⁴⁾ So auch in Lordford v. Smith (1970) 1 All ER 1091 ChD; dazu S. 154. Diese Ausnahme wird auch von der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung vertreten (BVerfG NJW 77, 2255 "Fall Schleyer").

Die theoretischen Ausführungen Leipolds lassen eine beachtliche Übereinstimmung mit der durch die Cyanamid-Entscheidung¹⁾ geschaffenen Rechtslage bei der interlocutory injunction erkennen.²⁾ Die englische Regelung ist jedoch insofern konkreter, als sie die gegeneinander abzuwägenden Interessen genau definiert,³⁾ zur Frage eines Interessengleichgewichts⁴⁾ und der Darlegungs- und Beweislast⁵⁾ Stellung nimmt. Auch die Schwierigkeiten einer angemessenen Bewertung kollektiver, nicht geldwerter Interessen und das Phänomen der überschätzung etablierter, meist auch zu beziffernder Interessen im vorläufigen Rechtsschutz sind im deutschen Recht bisher kaum erörtert worden.⁶⁾

¹⁾ S.o. S. 164 ff.

²⁾ Ebenso Arens, S. 77. Soweit Leipold (ZZP 90, 269) bei der offenen Verfügung Zweifel an der Berechtigung der strikten Haftung nach § 945 ZPO äußert, könnten seine Bedenken allenfalls de lege ferenda Berücksichtigung finden. Einen Zusammenhang zwischen materiellrechtlicher Vorausprüfung und verschuldens-unabhängiger Haftung kann man m.E. jedoch nicht konstruieren. Allenfalls wäre für den Fall der allein auf die Interessenabwägung gestützten Ablehnung des Verfügungsantrags auch eine Haftung des Verfügungsbeklagten, ähnlich der englischen Regelung (s.o. S. 93 f) angemessen.

³⁾ Abzuwägen sind nur die irreparablen Schäden; s.o. S. 133 f, 134 Fn. 1. Auch Ritter (JZ 73, 40) vermißt bei Leipold eine eingehende dogmatische Klärung des Begriffs der Interessenabwägung. Interessant ist in diesem Zusammenhang Hobbelings (S. 249 ff) Unterscheidung verschiedener Irreparabilitätsstufen.

⁴⁾ S.o. S. 169 Fn. 3. Diesen Fall entscheidet Schilken (S. 130 Fn. 38) zugunsten des Antragstellers, da für ihn ja die zusätzliche Voraussetzung der Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs bejaht sein muß.

⁵⁾ S.o. S. 135 f, 136 Fn. 1. Auf die Notwendigkeit einer Analyse dieses Problems weist auch Struck (S. 180) hin.

⁶⁾ Dazu Struck, S. 184 f. Anders im englischen Recht; s.o. S. 137 ff; ferner Davies, S. 241.

§ 27 Schlußbetrachtung

Das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes hat in England wie in der Bundesrepublik als Alternative zu dem teilweise schwerfälligen und kostspieligen Zivilprozeß ständig an Bedeutung zugenommen und sich den modernen sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen angepaßt.¹⁾ Dabei verdankt die interlocutory injunction der historischen Entwicklung aus dem Rechtssystem Equity einige Wesenszüge, die sie gegenüber Arrest und einstweiliger Verfügung überlegen erscheinen lassen. So ist nach Equity fairness oder das Prinzip der Waffengleichheit auch im Eilverfahren²⁾ in weit größerem Maße verwirklicht, als im einstweiligen Rechtsschutz nach der ZPO. Der Gegensatz vorbeugender Rechtsschutz nach Equity und Schadensersatz nach Common Law³⁾ führt zu einer weitgehenden Integration des Eilverfahrens als Sonderform vorbeugenden Rechtsschutzes in das Gesamtsystem der Rechtsschutzmöglichkeiten.⁴⁾ Arrest und einstweilige Verfügung sind demgegenüber im Verhältnis zum Hauptsacheverfahren weitgehend verselbstständigt⁵⁾ und unterscheiden sich damit auch vom vorläufigen Rechtsschutz der öffentlichrechtlichen Verfahrensordnungen.

Diese Untersuchung kann nicht dem Zweck dienen, den einstweiligen Rechtsschutz durch die interlocutory

¹⁾ So etwa mit der Geldleistungsverfügung im deutschen Recht und der Arrestverfügung ("Mareva-injunction") im einstweiligen Rechtsschutz Englands.

²⁾ Megarry J. in *Shepherd Homes v. Sandham* (1970) 3 All ER 402 ChD 412 B: "The basic concept is that of producing a 'fair result'...".

³⁾ S.o. S. 39 ff, § 2. Ferner Kötz, S. 149 ff; Peterson, S. 280.

⁴⁾ Die Zusammenhänge zwischen vorbeugendem und einstweiligem Rechtsschutz im deutschen Recht untersucht Henckel, S. 105-110.

⁵⁾ Leipold, Grundlagen, S. 92; Peterson, S. 281.

injunction insgesamt als Patentlösung vorzustellen und de lege ferenda eine Übernahme in das deutsche Recht zu empfehlen. Dies verbietet sich nicht nur aus der Unübertragbarkeit der für die interlocutory injunction grundlegenden Equity-Doktrinen; dagegen spricht auch die Tatsache, daß die interlocutory injunction im angloamerikanischen Recht selbst nicht immer als vollkommenes Institut angesehen wurde.¹⁾ Andererseits zeigt gerade der Vergleich mit dem englischen Recht, daß auch das vorläufige Verfahren nach der ZPO durchaus verbesserungswürdig ist.²⁾ Einige Anregungen lassen sich daher, dem englischen Recht folgend, schon im geltenden Recht verwirklichen;³⁾ andere Gesichtspunkte verdienen de lege ferenda Beachtung.⁴⁾ Wenn demgegenüber, ohne nähere Begründung, behauptet wird, die Reform habe nicht im einstweiligen, sondern im ordentlichen Verfahren stattzufinden,⁵⁾ so werden damit die Zusammenhänge zwischen beiden Verfahrensformen sicherlich überschätzt. Das ordentliche Verfahren wird auch in seiner beschleunigten Form niemals den einstweiligen Rechtsschutz überflüssig machen, ebenso wie dieser nicht die Funktion des Zivilprozesses übernehmen kann.⁶⁾ Entscheidend muß vielmehr die Er-

-
- ¹⁾ Am weitesten ging in USA der Norris-La Guardia Anti-Injunction Act (29 U.S.C. § 101, 1932), der die einstweiligen Verfügungen gegen bestimmte Arbeitskampfmaßnahmen untersagte und im übrigen ihre Voraussetzungen sehr stark einschränkte (ausführlich dazu Casey, S. 347 ff). Ferner die Reformvorschläge von Casey, S. 358 f und Gore, S. 678 f; kritisch auch Elias, S. 194; Prescott a.a.O. und A. Wilson a.a.O.
- ²⁾ Davon geht offensichtlich auch der Gesetzgeber aus (s.o. S. 190 Fn. 5; 204 Fn. 6); eine grundlegende Reform befürworten ferner: Markett, S. 40 und Renck; a.A. zuletzt Schilken, S. 159.
- ³⁾ S.o. S. 186 f, 189 ff, 210.
- ⁴⁾ Siehe etwa S. 192, 211, 213.
- ⁵⁾ Baur, BB 64, 615; Faupel, S. 870 und zuletzt Schilken, S. 159.
- ⁶⁾ Nach den Feststellungen von Baumgärtel-Mes, S. 243 benötigt das ordentliche Verfahren auch eine gewisse Reifezeit.

kenntnis sein, daß beide Verfahrensarten einander ergänzen sollten, wie dies auch nach der ZPO vorgesehen ist. Dieses Konzept wird am ehesten durch das Prinzip der Interessenabwägung unter weitgehendem Verzicht auf materiellrechtliche Prüfung im Eilverfahren verwirklicht.

Wo der einstweiligen Verfügung eine Wandlung zum "gängigen Rechtsbehelf"¹⁾ nachgesagt wird, so insbesondere im Bereich des Ehrenschutzes,²⁾ wird im anglo-amerikanischen Recht äußerste Zurückhaltung bei der Antragstellung und Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes geübt.³⁾ Die Ursachen sind komplexer Natur. So wird im englischen Zivilprozeß der sozialpolitische Konflikt zwischen dem Recht der Medien auf freie Berichterstattung, gelegentlich auch Sensationsdarstellung, und dem Persönlichkeitsrecht Einzelner (right of privacy) durch Schadensersatzklage im Jury-Verfahren ausgetragen.⁴⁾ Dabei kommt den oft extrem hohen Schadensersatzsummen, die mitunter auf Anerkennung außerordentlichen Schadens, sogenannter aggravated, exemplary oder punitive damages beruhen, eine erhebliche Präventivfunktion zu.⁵⁾ Kommt es gleichwohl zu einem Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz, so wird in aller

¹⁾ Baur, BB 64, 615.

²⁾ Leipold, (Grundlagen, S. 12 Fn. 27) behauptet etwa, daß die Unterlassung eines Antrags auf einstweilige Verfügung im Bereich des Ehrenschutzes von der Öffentlichkeit als Eingeständnis der Wahrheit gewertet werde. Ähnlich schon Baur, BB 64, 615.

³⁾ S.o. S. 150 ff, 204 f.

⁴⁾ Schmitthoff, S. 42.

⁵⁾ Lord Devlin in *Rookes v. Barnard* (1964) A.C. 1129 HL 1230; zweifelnd Lord Reid in *Cassell v. Broome* (1972) 1 All ER 801 HL 837 H. Zu der Berufungsentcheidung *Broome v. Cassell* (1971) 2 WLR 853 CA vgl. Schmitthoff, S. 42 f.

Regel der Presse- und Informationsfreiheit der Vorrang eingeräumt.¹⁾

Dieses Beispiel schon zeigt, daß der einstweilige Rechtsschutz nicht der einzige und immer geeignete Weg zur Konfliktlösung ist. Dies gilt ganz besonders für die Kollision privater Rechtsschutzinteressen mit Grundrechten Einzelner oder ganzer Gruppen.²⁾ Auch in diesen Fällen würde sich, wie die verfassungsgerichtliche Praxis zeigt, das Prinzip der Interessenabwägung bewähren, wenn die Interessen der zumeist sozial schwächeren Antragsgegner angemessen bewertet würden, ohne daß ihr Unvermögen einen etwaigen Schaden auszugleichen, die Abwägung allein beeinflußt.³⁾ Damit würde die harte Alternative eines grundsätzlichen Verbots der einstweiligen Verfügung für bestimmte Anwendungsbereiche, wie den Arbeitskampf und das Recht des Ehrenschutzes, vermieden.⁴⁾

-
- ¹⁾ Als Ausnahme von dieser Regel muß der Thalidomid-Fall angesehen werden: *Distillers v. The Times* (1975) 1 All ER 41 QBD; dagegen die Europäische Menschenrechtskommission, EuGRZ 77, 439.
 - ²⁾ Ein solcher Konflikt war Gegenstand der Berufungsentscheidung *Hubbard v. Pitt* (1975) 3 All ER 1 CA s.o. S. 138 Fn. 4. Dazu Lord Denning MR in *Hubbard v. Pitt* a.a.O. S. 11: "In the recent report on Contempt of Court (1974) (Cmd. 5794) the committee considered the campaign of the Sunday Times about thalidomide and said that the issues were 'a legitimate matter of public comment'. It recognised that it was important to maintain the freedom of protest on issues of public concern. It is time for the courts to recognise this too. They should not interfere by interlocutory injunction with the right of free speech."
 - ³⁾ S.o. S. 137 ff. Elias (S. 194) fordert, die Gerichte sollten die Interessenabwägung großzügiger, sowie unter Beachtung sozialer Realitäten und rechtlicher Logik vornehmen. Ferner s.o. S. 221 Fn. 6.
 - ⁴⁾ Anders wohl Leipold (ZZP 90, 270), der den Gesetzgeber aufruft, "in manchen Fällen klar zu sagen, daß der einstweilige Rechtsschutz nicht der richtige Weg zur Konfliktlösung ist." Beispiel für ein generelles Verbot ist der Norris-La Guardia Act, der allerdings erforderlich war, um Mißbräuche abzustellen, die in

Eine sinnvolle Einschränkung vorläufiger Maßnahmen würde sich auch durch eine weitere Zulässigkeitsvoraussetzung ergeben, die die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes von dem Nachweis eines gescheiterten Einigungsversuchs abhängig macht. Eine solche Regelung, die systematisch dem Verfügungsgrund zuzuordnen wäre, findet sich in dem amerikanischen Norris-La Guardia Anti-Injunction Act.¹⁾ Wenn es oft den Anschein hat, als hätten sich die Parteien in vielen Fällen auch ohne gerichtliche Hilfe einigen können,²⁾ so wäre eine derartige Einigungspflicht jedenfalls wirksamer als es offensichtlich bisher die Vorschrift des § 93 ZPO war.

Als Regelungsalternative zwischen vorausprüfender und interessenabwägender Interimsentscheidung bietet sich auch die typisierte Zwischenregelung an. Für eine Vielzahl erfahrungsgemäß gleichgelagerter Fälle schafft der Gesetzgeber ein materielles Zwischenrecht,³⁾ das auf einer einmal vollzogenen Interessenbewertung beruht, und so den Rechtsfrieden bis zur endgültigen Entscheidung im Klageverfahren sichert oder zeitlich beschränkte Befriedigung gewährt, ohne den streitigen materiellrechtlichen Anspruch zu berühren. Diese im englischen

dieser Form des "government by injunction" in Deutschland, ebenso wie in England, bisher nicht aufgetreten sind.

- 1) Sec. 8; ebenso der Reformvorschlag Caseys (S. 359), allerdings ebenfalls auf die labour-injunction beschränkt. Die in der Praxis des gewerblichen Rechtsschutzes üblichen Abnehmer-Verwarnungen erfüllen einen ähnlichen Zweck (dazu Fischer, S. 86 f).
- 2) Baur, Studien, S. 5; dies wird auch durch Baur's Beobachtung bestätigt, wonach das Eilverfahren oft zum Abschluß eines Vergleiches führt (Studien, S. 7). Das Gleiche gilt für die interlocutory injunction (s.o. S. 161 Fn. 2).
- 3) Leipold, Grundlagen, S. 54 ff; ZZP 90, 263 ff.

Recht kaum beachtete Lösungsmöglichkeit für eine angemessene Zwischenregelung,¹⁾ ist auch im deutschen Zivilprozeß bisher nur vereinzelt zu finden.²⁾

Der Vorteil dieser Regelungstechnik besteht nicht nur in einer weitgehenden Entlastung der Gerichte, sondern auch in der Möglichkeit, in verschiedenen Anwendungsbereichen eine angemessene Risikoverteilung zu erlangen und damit den Grundsatz der Waffengleichheit im Prozeß zu verwirklichen. Dies kann etwa durch eine Umkehrung der Antrags- und damit auch der Glaubhaftmachungslast geschehen; so muß nach § 102 Abs. 5 BetrVG nicht der Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung im Wege einstweiligen Rechtsschutzes erzwingen,³⁾ sondern der Arbeitgeber kann unter bestimmten Voraussetzungen⁴⁾ durch einstweilige Verfügung von seiner Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung entbunden werden.

Gerade dort, wo im einstweiligen Rechtsschutz durch interlocutory injunction das Prinzip der Interessenabwägung auf Kritik stößt,⁵⁾ könnte diese Regelungsmethode auch im englischen Recht eine Zukunft haben.

¹⁾ Eine ähnliche Regelung stellt das "interim payment of damages" dar; s.o. S. 34 f.

²⁾ Dazu zählt Leipold (ZZP 90, 264 f) etwa den presserechtlichen Gegendarstellungsanspruch und die neuere Regelung der Weiterbeschäftigungspflicht während des Kündigungsrechtsstreits bei Widerspruch des Betriebsrats nach § 102 Abs. 5 BetrVG. Als vorbildliche Regelung dieser Art bezeichnet Leipold (ZZP 90, 263) den § 80 VwGO. Dazu auch Otto, S. 69 ff.

³⁾ So jedoch in Hill v. Parsons (1971) 3 All ER 1345 CA. Ferner ss. 78-80 E.P.A. s.o. S. 35 Fn. 2.

⁴⁾ Nach § 102 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1-3 BetrVG.

⁵⁾ S.o. S. 137 ff. Ebenso Leipold (ZZP 90, 263) für das deutsche Recht.

ANHANG

A. Gesetzliche Bestimmungen im Auszug

I. Supreme Court of Judicature (Consolidation)

Act 1925 - Section 45

"(1) The High Court may grant a mandamus or an injunction or appoint a Receiver, by an interlocutory order in all cases in which it appears to the Court to be just or convenient so to do.

(2) Any such order may be made either unconditionally or upon such terms and conditions as the Court thinks just.

(3) If whether before or at, or after the hearing of any cause or matter, an application is made for an injunction to prevent any threatened or apprehended waste or trespass, the injunction may be granted, if the Court thinks fit, whether the person against whom the injunction is sought is, or is not, in possession under any claim of title or otherwise, or (if out of possession) does or does not claim a right to do the act sought to be restrained under any colour of title, and whether the estates claimed by both or by either of the parties are legal or equitable."

II. Rules of the Supreme Court (R.S.C.) - Order 29

Interlocutory Injunction, Interim Preservation of Property, Etc.

r. 1 Application for injunction.

"(1) An application for the grant of an injunction may be made by any party to a cause or matter, before or after the trial of the cause or matter, whether or not a claim for the injunction was included in that party's writ, originating summons, counterclaim or third party notice, as the case may be.

(2) Where the applicant is the plaintiff and the case is one of urgency such application may be made ex parte on affidavit but except as aforesaid, such application must be made by motion or summons.

(3) The plaintiff may not make such an application before the issue of the writ or originating summons by which the cause or matter is to be begun except where the case is one of urgency, and in that case the injunction applied for may be granted on terms providing for the issue of the writ or summons and such other terms, if any terms, as the Court thinks fit."

r. 2 Detention, Preservation, Etc., of subject-matter of cause or matter.

.....

r. 3 Power to order samples to be taken, etc.

.....

r. 4 Sale of perishable property, etc.

.....

r. 5 Order for early trial.

"Where on the hearing of an application made before the trial of a cause or matter for an injunction or the appointment of a receiver or an order under Rule 2, 3 or 4 it appears to the Court that the matter in dispute can be better dealt with by an early trial than by considering the whole merits thereof for the purposes of the application, the Court may make an order accordingly and may also make such order as respects the period before trial as the justice of the case requires.

Where the Court makes an order for early trial it shall by the order determine the place and mode of the trial."

r. 6

r. 7 Directions.

"(1) Where an application is made under any of the foregoing provisions of this Order, the Court may give directions as to the further proceedings in the cause or matter."

(2)

Order 52 Committal

r. 1 Committal for contempt of court.

"(1) The power of the High Court or Court of Appeal to punish for contempt of Court may be exercised by an order of committal.

(2) Where contempt of Court -

(a) is committed in connection with -

(i) any proceedings before a Divisional Court of the Queen's Bench Division, or

(ii)

(iii) proceedings in an inferior Court, or

(b) is committed otherwise than in connection with any proceedings,

then, subject to paragraph (4), an order of committal may be made only by a Divisional Court of the Queen's Bench Division.

This paragraph shall not apply in relation to contempt of the Court of Appeal.

(3) Where contempt of Court is committed in connection with any proceedings in the High Court, then, subject to paragraph (2), an order of committal may be made by a single judge of the Queen's Bench Division except where the proceedings were assigned or subsequently transferred to some other Division, in which case the order may be made only by a single judge of that other Division."

B. Beispiel einer auf Unterlassung ehrenrühriger
Behauptungen gerichteten interlocutory injunction
(Duchess of Argyll v. Duke of Argyll (1965) 1 All
ER 611 ChD 637).

"This Court doth order that the defendant (the
Duke of Argyll) be restrained until after judgment
in this action or until further order in the mean-
time from doing (whether by himself or by his ser-
vants or agents or any of them or otherwise howso-
ever) the following acts or any of them that is to
say

(i) communicating to the second and third defen-
dants or to either of them or to their or either of
their servants or agents or any of them or to any
other person or persons any information or matters
of any of the kinds specified in Sch. 3 hereto

(ii) printing any particulars specified in Sch. 4
hereto

(iii) publishing any such particulars as last a-
foresaid

(iv) causing to be printed any such particulars
as last aforesaid

(v) causing to be published any such particulars
as last aforesaid

(vi) procuring to be printed any such particulars
as last aforesaid

(vii) procuring to be published any such particu-
lars as last aforesaid.

And it is o r d e r e d that each of the second
and third defendants be restrained until after judg-
ment in this action or until further order in the
meantime from doing and as regards the second defen-
dant whether by himself and as regards both the said
last mentioned defendants whether by their servants
or agents or any of them or otherwise howsoever the
the following acts or any of them that is to say

(viii) printing any information or matters of any
of the kinds specified in the said Sch. 3

(ix) publishing any such information or matters as
last aforesaid

(x) causing to be printed any such information or
matters as last aforesaid

(xi) causing to be published any such information or matters as last aforesaid

(xii) printing any particulars specified in Sch. 4 hereto

(xiii) publishing any such particulars as last aforesaid

(xiv) causing to be printed any such particulars as last aforesaid

(xv) causing to be published any such particulars as last aforesaid

(xvi) procuring to be printed any such particulars as last aforesaid

(xvii) procuring to be published any such particulars as last aforesaid.

And A.B. a partner of the firm of the solicitors for the plaintiff by counsel for the plaintiff being A.B.'s counsel for this purpose undertaking

(a) that he will hold in safe custody the affidavits specified in the said Sch. 1 as soon as he shall receive them as hereinafter directed

(b) that he will have the said affidavits specified in the said Sch. 1 in court at the trial of this action and

(c) that he will deliver the said affidavits specified in the said Sch. 1 to this court whenever ordered so to do by this court or a judge thereof at any time before such trial.

It is ordered that the said affidavits specified in Sch. 1 be taken off the file and delivered to the said A.B.

And C.D. a partner in the firm of the solicitors for the defendants by counsel for this purpose undertaking

(i) that he will hold in safe custody the affidavits specified in the said Sch. 2 as soon as he shall receive them as hereinafter directed

(ii) that he will have the said affidavits specified in the said Sch. 2 in court at the trial of this action and

(iii) that he will deliver the said affidavits specified in the said Sch. 2 to this court whenever ordered to do so by this court or a judge thereof at any time before such trial."

LEBENS LAUF

15. November 1946 in Kölleda/Thüringen geboren als Sohn von Hans Kanzler und seiner Ehefrau Dorothea, geb. Brückner
- April 1953
bis März 1957 Besuch der Volksschule in Bosenheim bei Bad Kreuznach
- April 1957
bis Februar 1966 Besuch des Staatlichen Gymnasiums Bad Kreuznach
18. Februar 1966 Reifeprüfung in Bad Kreuznach abgelegt
2. Mai 1966 Beginn des Studiums der Rechtswissenschaften an der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz
- Dezember 1969
bis Juni 1971 Ehe mit der Kinderkrankenschwester Ursula Hayn
4. Juli 1972 Erstes juristisches Staatsexamen vor dem Justizprüfungsamt in Mainz abgelegt
1. September 1972 Eintritt in den juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Rheinland-Pfalz im Oberlandesgerichtsbezirk Koblenz; währenddessen u.a. Wahlstation in einer Londoner Anwaltskanzlei (solicitor) und Studium an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer im Wintersemester 1974/1975
31. Januar 1975 Zweite juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt in Mainz abgelegt
14. April 1975 Einstellung in den höheren Dienst der Finanzverwaltung des Landes Rheinland-Pfalz
15. Mai 1975 Eheschließung mit der Studienreferendarin Cornelia Muth aus Mainz
11. Juli 1979 zum Richter kraft Auftrags im Land Niedersachsen ernannt und seitdem als Richter am Niedersächsischen Finanzgericht in Hannover tätig

Druck und Einband: Rudolf Stehle GmbH & Co KG Düsseldorf

